

DIE UNMITTELBARE NACHFOLGE
DER ERBEN IN DIE MITGLIEDSCHAFT
EINES OFFENEN
HANDELSGESELLSCHAFTERS

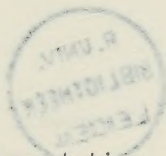
von

ELMAR PRASCH



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DIE UNMITTELBARE NACHFOLGE DER ERBEN
IN DIE MITGLIEDSCHAFT EINES OFFENEN
HANDELSGESELLSCHAFTERS.



Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Elmar Prasch

1960



Referent: Prof. Dr. Dr.h.c. Alfred Hueck

Correferent: Prof. Dr. Rolf Dietz

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Februar 1961

Meinen Eltern

Meinen Eltern
gewidmet

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Literaturverzeichnis	III - VII.
Einleitung	1 - 3
<u>1. Abschnitt</u>	
Die Wirkung des Todes eines offenen Handelsgesellschafters nach dem Gesetz und die abweichenden Gestaltungsmöglichkeiten durch den Gesellschaftsvertrag.	4 - 12
§ 1. Die Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters als gesetzlicher Regelfall.	4
§ 2. Die gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten für den Fall des Todes eines offenen Handelsgesellschafters.	7
<u>2. Abschnitt</u>	
Die unmittelbare Nachfolge des Alleinerben in die Rechtsstellung des verstorbenen offenen Handelsgesellschafters.	13 - 28
§ 3. Die Nachfolgeklausel als gesellschaftsrechtliche Voraussetzung für die Nachfolge des Erben in die Mitgliedschaft eines offenen Handelsgesellschafters. Grundlage, Gestalt, Wirkung und Rechtsnatur.	13
§ 4. Die Erbfolge als Übertragungstatbestand der nachfolgefähigen Mitgliedschaft.	15
§ 5. Rechtsnatur und Inhalt der Mitgliedschaft.	18
§ 6. Der Übergang der Mitgliedschaft auf den Alleinerben.	21
<u>3. Abschnitt</u>	
Der Erwerb der Mitgliedschaft durch die Gesamtheit der Erben.	29 - 73
§ 7. Die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen der Nachfolge mehrerer Erben und der Erwerb einer Erbenmehrheit nach dem BGB. Die Problemstellung nach der herrschenden Meinung.	29
§ 8. Der Streitstand zur Lösung des Kollisionsproblems bei der Nachfolge mehrerer Erben.	31
§ 9. Die These der Nichtzugehörigkeit der Mitgliedschaft zum Nachlaß.	34
§ 10. Die Kritik der Lehre von der Untauglichkeit der Erbengemeinschaft zur erbrechtlichen Nachfolge in die Mitgliedschaft eines offenen Handelsgesellschafters (1. Teil).	45

	Seite
§ 11. Die Kritik der Lehre von der Untauglichkeit der Erbengemeinschaft zur erbrechtlichen Nachfolge in die Mitgliedschaft eines offenen Handelsgesellschafters (2. Teil).	50
§ 12. Die Untauglichkeit der Erbengemeinschaft zur Nachfolge in die Mitgliedschaft des offenen Handelsgesellschafters aufgrund der Bestimmung des § 139 HGB.	54
§ 13. Die dogmatische Erklärung der Einzelnachfolge in die geteilte Mitgliedschaft.	63
§ 14. Die "Vervielfältigung" der Mitgliedschaft als Folge der Einzelnachfolge der Miterben.	66
§ 15. Das rechtliche Schicksal der übertragbaren Bestandteile der Mitgliedschaft bei der Einzelnachfolge mehrerer Erben.	69

4. Abschnitt

Die Nachfolge in die Mitgliedschaft eines offenen Handelsgesellschafters durch einen von mehreren Miterben (1. Teilnachfolge).	74 - 82
§ 16. Die qualifizierte Nachfolgeklausel.	74
§ 17. Die Teilnachfolge des nachfolgeberechtigten Miterben in die Mitgliedschaft des Erblassers.	77

5. Abschnitt

Der unmittelbare Übergang der gesamten Mitgliedschaft des Erblassers auf den allein nachfolgeberechtigten Miterben (2. Vollnachfolge).	83 - 115
§ 18. Ausgangspunkt und grundsätzliche Lösungsvorschläge.	83
§ 19. Vollnachfolge durch Vertrag zu Gunsten eines Dritten.	85
§ 20. Die Bedeutung des vertraglichen Ausschlusses des Abfindungsanspruchs gegen die Gesellschaft für die Vollnachfolge des allein fortsetzungsberechtigten Miterben.	89
§ 21. Die Sondererbfolge als dogmatische Grundlage der unmittelbaren Vollnachfolge des Miterbengesellschafters.	97
§ 22. Die Ausgleichsansprüche zwischen den Erben bei der Sondererbfolge eines Miterben in die gesamte Mitgliedschaft.	105
Schluß	116 - 119

LITERATURVERZEICHNIS

- Bartholomeyczik Erbrecht, 3. Aufl. 1958.
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch, 13. Aufl. 1959.
- Boehmer Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, II. Buch 2. Abteilung 1952 (zit. Boehmer, Grundlagen).
- Buchwald Das Verhältnis von Erbrecht und Gesellschaftsvertrag, JR 1955 S.173.
Gesellschaftsanteil und Erbrecht, AcP Bd. 154 S.22.
- Dietrich Anmerkung zum Urteil des RG vom 4. 3. 1943, DR 1943 S.807.
- Düringer-Hachenburg Kommentar zum HGB, Bd. II, 2 (§§ 105 ff), erläutert von Flechtheim, 3. Aufl. 1932 (zit. Düringer-Hachenburg).
- Enneccerus-Lehmann Lehrbuch des Schuldrechts, 15. Aufl. 1958.
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl. 1959 (zit. Enneccerus-Nipperdey, 1. Halbband) .
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 15. Aufl. 1960 (zit. Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbband) .
- Fischer Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eines Erben in einer Personengesellschaft des Handelsrechtes, BB 1956 S.839.
- Geiler Allgemeine Einleitung zum 2. Band des Kommentars zum HGB von Düringer-Hachenburg, 3. Aufl. 1932 (zit. Geiler, Einleitung zum 2. Bd.).
- v. Gierke, Julius Beiträge zum Handelsrecht (Festgabe für Wieland), 1934 (zit. J. v. Gierke, Festgabe).
Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl. 1958 (zit. J. v. Gierke, Handelsrecht).
- Hagen Die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten, Iherings Jahrbuch, Bd. 42 S.43.

- v. Hahn Kommentar zum Allgemeinen Deutschen HGB, 3. Aufl. 1879.
- Hahn-Mugdan Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 6. Band 1897 (zit. Hahn-Mugdan, Reichsjustizgesetze).
- Heck Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP Bd. 112 S.1.
- Heinsheimer Handelsrecht, 3. Aufl. 1930.
- Holch Kann die Mitgliedschaft eines offenen Handelsgesellschafters in seinen Nachlaß und damit in die Verwaltung eines Testamentsvollstreckers fallen? Tübinger Diss. 1957.
- Hueck Anmerkung zum Beschluß des LG Bremen vom 27. 10. 1953, NJW 1954 S.477.
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22. 11. 1956, JZ 1957 S.223.
- Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 2. Aufl. 1951
(zit. Hueck, OHG).
- Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 1960
(zit. Hueck, Gesellschaftsrecht).
- Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, DNotZ 1952 S.550.
- Jonen Die Vereinbarung der Fortsetzung der o.HG. mit den Erben eines Gesellschafters, 1921.
- Kaufmann Zur Zulässigkeit der gesellschaftsvertraglichen Vermögensbindung, JZ 1959 S.522.
- Kipp-Coing Erbrecht, 11. Aufl. 1960.
- Küster Zur Frage der Gestaltbarkeit der Rechtsnachfolge für den Todesfall bei der OHG, DNotZ 1956 S.460.
- Larenz Schuldrecht, 1. Band (Allgemeiner Teil), 4. Aufl. 1960.
- Lehmann Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 1957.
- Lehmann-Ring Kommentar zum HGB, 1. Band, 2. Aufl. 1914.

- Liebisch Über die Rechtsstellung der Erben eines offenen Handelsgesellschafters, ZHR Bd. 116 S.128.
- Maaßen Über den Abgang eines Mitgliedes einer Handels- oder sonstigen handelsrechtlichen Gesellschaft (ohne deren Auflösung), - so insbesondere über den Austritt eines Vollpflichtigen (persönlich haftenden Gesellschafters) aus einer Commandit-Actien-Gesellschaft (Art.199 HGB), Busch's Archiv, Bd. 5 S.69.
- Makower Kommentar zum HGB, 13. Aufl. 1906.
- Michaelis Zur Rechtsstellung des Gesellschafter-Erben, ZAKDR 1943 S.233.
- Moritz Der Übergang der Mitgliedschaft eines offenen Handelsgesellschafters auf die Erben im Falle der Nachfolgeklausel, Hamburger Diss., 1958.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, V. Band: Erbrecht, Amtliche Ausgabe, 2. Aufl. 1896
(zit. Motive V).
- Neufeld-Schwarz Kommentar zum HGB, 1931.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Aufl. 1958.
- Patzschke Probleme in Bezug auf das Weiterbestehen einer offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters, ZHR Bd. 113 S.1.
- Petersen Zum Verhältnis von Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der Nachfolge von Erben in eine Personalgesellschaft, JZ 1960 S.211.
- Planck Kommentar zum BGB, V. Band: Erbrecht, 4. Aufl. 1930.
- Potthoff-Zintzen Die Gesellschaftsverträge der Personalgesellschaften, 2. Aufl. 1953.
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, I. Band: Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, 1897
(zit. Protokolle I).

- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, V. Band: Erbrecht, Amtliche Ausgabe, 1899 (zit. Protokolle V).
- Reinicke, G. u. D. Zur Kollision von Gesellschaftsrecht und Erbrecht, NJW 1957 S.561.
- RGRK BGB Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl. 1960 (zit. RGRK BGB).
- RGRK HGB Kommentar zum HGB, herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2. Band (§§ 105 ff), bearbeitet von Weipert, 2. Aufl. 1950 (zit.. Weipert).
- Riesenfeld Die Erbenhaftung nach dem BGB, 1. Band 1916.
- Ritter Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 1932.
- Schlegelberger HGB, 2. Band (§§ 105 ff), bearbeitet von Geßler, 3. Aufl. 1955 (zit. Schlegelberger).
- Schlicht Zugehörigkeit des Gesellschaftsanteils zum Nachlaß bei Fortsetzungsklausel (§ 139 HGB)? NJW 1954 S.984.
- Scholz Die Vererbung des GmbH-Anteils, JR 1955 S.331.
- Siebert Die Nachfolge von Todes wegen in die Mitgliedschaft des Gesellschafters einer Offenen Handelsgesellschaft, NJW 1955 S.809.
- Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der Offenen Handelsgesellschaft (Vortrag, gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 2. Juli 1954), Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe Heft 13, 2. Aufl. 1955 (zit. Siebert, Gesellschaftsvertrag).
- Nachfolge eines Miterben in die Gesellschaftserstellung bei der offenen Handelsgesellschaft, BB 1957 S.18.
- Rechtsnachfolge beim Tode eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, BB 1956 S.837.

- Siebert Zur Gestaltung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters, Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht (Festschrift für Hueck), 1959 (zit. Siebert, Festschrift).
- Staub Kommentar zum HGB, 1. Band (§§ 105ff), bearbeitet von Pinner, 14. Aufl. 1932 (zit. Staub).
- Staudinger-Boehmer Kommentar zum BGB, V. Band: Erbrecht, bearbeitet von Boehmer, Lehmann, Seybold, 11. Aufl. 1954 (zit. Staudinger-Boehmer).
- Staudinger-Werner Kommentar zum BGB, II. Band: Schuldrecht, 9. Aufl. 1930 (zit. Staudinger-Werner).
- Sudhoff Der Gesellschaftsvertrag der Personalgesellschaften, 1959.
- Tiedau Gesellschaftsrechtliche Nachfolge im Verhältnis zum Erbrecht und zum neuen ehelichen Güterrecht, MDR 1957 S.641.
- Veith
(Knur, Meyer-Mark,
 Veith) Der Unternehmer und sein Nachfolger, Bericht von den Arbeitstagungen der ASU über das Nachfolgeproblem, 1955.
- Viezens Das Fortbestehen der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters, ZHR Bd. 31 S.91.
- Weiler Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben hinsichtlich einer personen-gesellschaftlichen Beteiligung des Erblassers, DNotZ 1952 S.283.
- Wieland Handelsrecht, 1. Band, 1921.
- Windscheid Pandektenrecht, 3. Band, 5. Aufl. 1879.
- Wolf Fragen um die Rechtsnachfolge des verstorbenen "offenen" Gesellschafters, NJW 1954 S.1549.
- Würdinger Gesellschaften, 1. Teil: Recht der Personalgesellschaften, 1937.
- Zunft Unklarheiten zu § 139 HGB, NJW 1957 S.1129.

EINLEITUNG.

I.

1. Das einschneidende Ereignis des Todes eines Kaufmanns führt über den Erbfall zur Verbindung von Handels- und bürgerlichem Erbrecht. Aus dieser notwendigen Berührung der Rechtsgebiete entsteht ein weites Feld von schwer lösbaren Kollisionen, die teils in der Eigengesetzlichkeit der Rechtsmaterien wurzeln, dann aber auch ihren Grund darin haben, daß der Gesetzgeber ihre mögliche Verbindung wenig bedacht und nur unvollkommen und lückenhaft geregelt hat. Es ist die Aufgabe des Richters, im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung die im Einzelfall auftretenden Konflikte zu überbrücken und die Lücken zu schließen, wie es Aufgabe der Wissenschaft ist, die theoretischen Grundlagen der richterlichen Rechtsschöpfung vorzubereiten und mitbilden zu helfen, um die fehlende Rechtssicherheit im Grenzgebiet kollidierender Rechtsmaterien herzustellen.

2. Aus dem weiten Bereich erbrechtlich-handelsrechtlicher Problematik greift diese Arbeit nur ein Teilstück heraus: Die erbrechtliche Nachfolge in die Mitgliedschaft eines offenen Handelsgesellschafters oder Komplementärs. Zahlreiche damit verbundene Fragen sind, obwohl sie seit langem Wissenschaft und Rechtssprechung beschäftigen, noch ungelöst und Gegenstand des wissenschaftlichen Meinungsstreites, der durch das bedeutsame Urteil des Bundesgerichtshofs vom 22. 11. 1956¹⁾ neu belebt wurde.

Die Wurzeln der Problematik bei der Nachfolge des Erben oder der Erbenmehrheit in den Gesellschaftsanteil eines offenen Handelsgesellschafters liegen zum Teil in der Eigenart des Mitgliedschaftsrechtes begründet, welcher das bürgerliche Erbrecht mit seinem vorwiegend vermögensrecht-

1) BGHZ Bd. 22 S. 186.

lichen Zuschnitt nur unvollkommen Rechnung trägt. Die personenrechtlichen Elemente der Mitgliedschaft, die ihr Wesen prägen, stehen wegen ihres höchstpersönlichen Charakters einer lückenlosen Einordnung in die Institute des Erbrechts entgegen.

Mit dem Erbfall erwirbt der zur Nachfolge berufene Erbe die Rechtsstellung als offener Handelsgesellschafter, an die das Gesellschaftsrecht eine Reihe unabdingbarer Rechtsfolgen knüpft²⁾. Zugleich aber ist der Gesellschaftsnachfolger Erbe, dessen erbrechtliche Rechtsstellung zu seiner gesellschaftsrechtlichen in Widerspruch treten kann³⁾. In dieser tatbestandlichen Doppelpoligkeit des Nachfolgers liegt die Keimzelle aller Streitfragen.

II.

1. Eine bunte Auswahl der wichtigsten Problemstellungen soll die weitgesteckten Grenzen des Fragenkreises aufzeigen: Ist die schwerfällige gesamthänderische Erbengemeinschaft zur Nachfolge in die Gesellschaft tauglich oder erfordert das Gesellschaftsrecht die Nachfolge rechtlich selbständiger Erben? Ist die Mitgliedschaft nach personenrechtlichen und vermögensrechtlichen Bestandteilen verschieden zu behandeln? Unterliegt die Mitgliedschaft der Erbauseinandersetzung, dem Zugriff der Nachlaßgläubiger, der Testamentsvollstreckung? Wie wirken sich die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben auf die Rechtsstellung des Erbengesellschafters aus? Kann der Gesellschaftsvertrag die Nachfolge auf einen von mehreren Miterben beschränken? Erwirbt dieser Erbe die Mitgliedschaft in vollem Umfang oder nur zu einem vermögensmäßigen Bruchteil, der seinem Erbrecht entspricht? Wie ist in diesem Falle die Rechtsstellung der ausgeschlossenen Miterben? Stehen ihnen Aus-

-
- 2) z.B. Treuepflicht, unbeschränkte persönliche Haftung, grundsätzliche Höchstpersönlichkeit der Rechtsstellung.
3) z.B. beschränkbare Haftung, Abtretung des Erbteils, Erbschaftsverkauf, Testamentsvollstreckung.

gleichsansprüche zu und gegen wen? Kann die Erbschaft verkauft oder der Erbteil abgetreten werden, wenn die Mitgliedschaft zum Nachlaß gehört? Kann der Erbe hinsichtlich der vor dem Erbfall entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten von den erbrechtlichen Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung Gebrauch machen?

2. Alle diese Probleme lassen sich in zwei übergeordnete Fragenkreise einordnen. Dem einen gehören die Fragen an, welche die gesellschaftsvertraglichen Grundlagen der Nachfolge und die Problematik des Nachfolgevorganges selbst betreffen, dem anderen die, welche sich mit der erbrechtlichen Behandlung der übergegangenen Mitgliedschaft befassen.

3. Gegenstand dieser Arbeit bilden allein die Probleme des ersten Fragenkreises, also im wesentlichen die Probleme des Verhältnisses zwischen Gesellschaftsvertrag und der erbrechtlichen Nachfolge des Alleinerben, der Erbenmehrheit und des allein nachfolgeberechtigten Miterben.

1. Abschnitt.

DIE WIRKUNG DES TODES EINES OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFTERS NACH DEM GESETZ UND DIE ABWEICHENDEN GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN DURCH DEN GESELLSCHAFTSVERTRAG.

§ 1. Die Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters als gesetzlicher Regelfall.

I.

Als regelmäßige Folge des Todes eines offenen Handelsgesellschafters bestimmt das Gesetz die Auflösung der OHG¹⁾.

1. Die mit dem Tode des Gesellschafters eintretende Auflösung der Gesellschaft ist nicht gleichbedeutend mit ihrer Beendigung²⁾. Als Auflösung der OHG bezeichnet man den Beginn des Zeitraumes, der zur Auseinandersetzung des Gemeinschaftsverhältnisses erforderlich ist. Bis zur Vollbeendigung bleibt die Gesellschaft als Handelsgesellschaft bestehen, die, ohne ihre Identität durch die Auflösung zu verlieren, ihren ursprünglichen Zweck geändert hat. War der Zweck vor der Auflösung der OHG auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet³⁾, so verfolgen die Gesellschafter nach der Auflösung den Zweck, die noch bestehenden Rechtsbeziehungen abzuwickeln.

2. Die Erben des durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters werden unmittelbar mit dem Erbfall Mitglieder der Abwicklungsgesellschaft⁴⁾. Sie folgen nicht nur in die vermögensrechtlichen Beziehungen des Erblassers⁵⁾, sondern

1) Vgl. § 131 Ziff.4 HGB.

2) Vgl. Hueck, OHG S.217.

3) Vgl. § 105 Abs.1 HGB.

4) Vgl. § 146 Abs.1 S.2 HGB.

5) So Weipert, § 131 Anm.26; Düringer-Hachenburg, § 131 Anm.7; RGZ Bd.106 S.65; Weiler, DNotZ 1952, S.286.

auch in seine Verwaltungsrechte nach, soweit diese für die Abwicklung noch Bedeutung haben⁶⁾. Mehrere Erben nehmen in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit an der Abwicklung teil und haften nur nach erbrechtlichen Grundsätzen.

II.

1. Mit der Auflösung als Folge des Todes eines Gesellschafters trägt das Gesetz dem Rechnung, daß die OHG als Personalgesellschaft grundsätzlich vom Bestande ihrer Mitglieder abhängig ist. Die persönliche Mitarbeit und die unbeschränkte persönliche Haftung des einzelnen Gesellschafters bilden die Grundlage für den Erfolg des Unternehmens. Die Erschütterung dieser Grundlage durch den Tod eines Gesellschafters erschien dem Gesetzgeber als ausreichende Rechtfertigung der Auflösung.

2. Die rechtspolitische Zweckmäßigkeit der Auflösung der OHG beim Tode eines Gesellschafters erscheint zweifelhaft. Die Nachteile und Schäden der Abwicklung des Unternehmens für die Beteiligten und darüber hinaus für die Volkswirtschaft⁷⁾ stehen im allgemeinen nicht im Verhältnis zum Schutzzweck der Rechtsvorschrift. Die von der Liquidation betroffenen Gesellschafter verlieren, wenn sie ihre Arbeitskraft ausschließlich in den Dienst des Unternehmens stellten, ihre berufliche und wirtschaftliche

6) Vgl. Hueck, OHG S.220; Siebert, Gesellschaftsvertrag S.9; Schlegelberger, § 131 Anm.23; Ritter, § 131Anm.6.

7) Die folgenden Ziffern sind dem Statistischen Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland, 1954 S.196 ff entnommen und geben den Stand vom 13. 9. 1950 wieder: Bei einer Gesamtsumme von 2 131 381 Unternehmungen mit einer Beschäftigtenzahl von 13 298 492 entfallen auf:

Einzelunternehmen	1 926 556	Beschäftigte	6 324 128
OHG/KG	76 735	"	2 254 091
GmbH	20 094	"	1 406 249
AG(KG auf Aktien)	2 559	"	2 020 545
eingetragene Genossenschaften	18 061	"	131 915
sonstige Rechtsformen(z.B. eV)	14 456	"	369 394
Körperschaften, Anstalten u. Stiftungen d.öffentl.Rechts	72 920	"	792 170

Existenz. Dazu kommt, daß Verkäufe zur Auseinandersetzung über das Gesellschaftsvermögen nicht den Wert erzielen können, den das Anlagevermögen in der sinnvollen wirtschaftlich-organisatorischen Zusammenfassung in der werbenden Gesellschaft besaß⁸⁾. Der "good will" des Unternehmens, auf dem häufig der entscheidende Wert eines Handelsgewerbes beruht, kann, wenn sich nicht die Möglichkeit bietet, das Unternehmen im Zuge der Abwicklung zu verkaufen, wertmäßig nicht erfaßt werden. Die Liquidation führt weiterhin für die in den Diensten der OHG stehenden Personen zum Verlust des Arbeitsplatzes, der Fortfall der Einzelwirtschaft zur Verminderung des Sozialprodukts und damit zu Schädigungen der Volkswirtschaft. Die hier allein unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten geschilderten Nachteile rechtfertigen die Meinung⁹⁾, daß der grundsätzliche Fortbestand des Unternehmens unter den überlebenden Gesellschaftern die rechtspolitisch zweckmäßigere Lösung gewesen wäre und vom Gesetzgeber für die Zukunft zu fordern ist.

3. Das geltende Recht jedenfalls bestimmt die Auflösung der Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters als Grundsatz, stellt es aber den Gesellschaftern anheim, durch Vertrag eine abweichende Gestaltung zu vereinbaren. In der wirtschaftlichen Wirklichkeit haben der gesetzliche Grundsatz und seine Ausnahme ihre Verkehrung ins Gegenteil gefunden. Wohl die Mehrzahl der bedeutenderen Personalgesellschaften¹⁰⁾ pflegt in den Gesellschaftsverträgen für den Tod eines Gesellschafters Vorsorge zu treffen, um die Auflösung der Gesellschaft auszuschließen¹¹⁾.

8) Pothoff-Zintzen, S.172, bemerkt, daß die offenen Handelsgesellschaften ungefähr zur Hälfte dem Bereich der Industrie angehören und wegen des beträchtlichen Anteils an betriebsgebundenem Vermögen nur mit großem Schaden abgewickelt werden können.

9) Vgl. Hueck, OHG S.220.

10) Auch der Tod des Komplementärs führt zur Auflösung der KG; §§ 161 Abs.2, 131 Ziff.4 HGB; für den Tod des Kommanditisten gilt § 177 HGB.

11) Wissenschaft, Notare und Anwaltschaft haben gerade bei diesen Fragen die Pflicht zur Aufklärung und Beratung. Vgl. auch Hueck, DNotZ 1952 S.550, der eine ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag für den Fall des Todes eines Gesellschafters dringend empfiehlt.

§ 2. Die gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten für den Fall des Todes eines offenen Handelsgesellschafters.

I.

Das Gesetz selbst führt zwei Möglichkeiten an, durch deren Vereinbarung die Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft ausschließen können. Es sind dies die Fortsetzung der Gesellschaft unter den überlebenden Gesellschaftern¹⁾ und die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben als Rechtsnachfolger des Gesellschafters²⁾.

1. Bei Fortsetzung der Gesellschaft unter den Überlebenden scheidet der Gesellschafter im Augenblick des Todes aus der Gesellschaft aus. Diese bleibt, ohne sich in ihrer Identität zu verändern, bestehen³⁾. Die gesamthänderische Mitberechtigung des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters wächst den überlebenden Gesellschaftern an. Die personenrechtlichen Bestandteile der Mitgliedschaft erlöschen, die vermögensmäßige Beteiligung wandelt sich um in den schuldrechtlichen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft, der in den Nachlaß fällt⁴⁾. Die Höhe des Anspruchs, welcher grundsätzlich der realen wirtschaftlichen Beteiligung des Gesellschafters entsprechen soll, wird in einer Abschichtungsbilanz festgestellt, der Anspruch mit der Feststellung fällig⁵⁾.

Rechtskonstruktiv bietet die Fortsetzung nach § 138 HGB keine Schwierigkeiten. Die Probleme und Nachteile der Regelung sind in erster Linie tatsächliche und wirtschaftliche. Schwierig ist insbesondere die Errechnung des Abfindungsguthabens wegen der notwendig werdenden Bewertung stiller Reserven und des "good will" des Unternehmens. Eine wirtschaftliche Gefahr droht der Gesellschaft unmittelbar durch die Pflicht zur Zahlung des Abfindungs-

1) Vgl. § 138 HGB.

2) Vgl. § 139 HGB.

3) Vgl. Hueck, OHG S.287.

4) Vgl. §§ 138, 105 Abs.2 HGB, 738 BGB.

5) Vgl. § 271 BGB; Hueck, OHG S.291 ff.

guthabens, die zu Liquiditätsschwierigkeiten und zum Zusammenbruch des Unternehmens führen kann⁶⁾, und mittelbar durch die Verminderung ihrer Kreditbasis durch den Fortfall der Haftung des Privatvermögens des ausgeschiedenen Gesellschafters.

2. Neben den Schwierigkeiten für die Überlebenden Gesellschafter und den Gefahren für den Bestand der Gesellschaft enthält die Fortsetzung nach § 138 HGB einen weiteren Nachteil, weil sie die Interessen des ausscheidenden Gesellschafters nur ungenügend berücksichtigt. Seine Erben erhalten bei dieser Rechtslage nur den augenblicklichen Geldwert der erloschenen Mitgliedschaft, nicht aber eine wirtschaftlich wertvolle Beteiligung auf lange Zeit. Regelmäßig wird aber der Erblasser bestrebt sein, seine Erben auch für die Zukunft zu sichern und ihnen sein Vermögen in der wirtschaftlich vernünftigsten Weise zu vererben. Zu diesen rationalen Erwägungen wird häufig, besonders bei Familiengesellschaften, der Wunsch treten, das eigene Lebenswerk oder den altererbten Familienbesitz auch für die Zukunft der Familie zu erhalten.

Die Interessen der Überlebenden Gesellschafter und des Erblassergesellschafters verbindet am besten die unmittelbare Nachfolge⁷⁾ der Erben als Gesellschafter in die werbende OHG, die das Gesetz in § 131 Ziff.4 HGB eröffnet und in § 139 HGB in Einzelheiten regelt.

3. Die Vorteile für die Überlebenden Gesellschafter liegen darin, daß bei Fortsetzung der Gesellschaft mit den

-
- 6) Der Gesellschaftsvertrag kann in weitem Umfang den Nachteilen begegnen. Er kann die ratenweise Auszahlung der Abfindung anordnen und für ihre Berechnung klare Bewertungsregeln aufstellen. Auf diese Weise kann Streit vermieden und der drohenden wirtschaftlichen Krisis der Gesellschaft gesteuert werden. Die Gesellschafter können auch den Ausschluß des Abfindungsanspruchs im Gesellschaftsvertrag vereinbaren. Dies wird aber, insbesondere, wenn der Gesellschafter nahe Angehörige besitzt, die Ausnahme bleiben.
- 7) Die Unmittelbarkeit der Nachfolge ergibt sich aus dem Wortlaut des § 139 HGB. Das Gesetz spricht davon, daß der Erbe "sein Verbleiben" in der Gesellschaft von der Einräumung der Stellung eines Kommanditisten abhängig machen könne. Der Erbe ist also ohne sein Zutun im Zeitpunkt des Erbfalls Mitglied der OHG geworden.

Erben eines Gesellschafters Abfindungsansprüche nicht entstehen und daß die bisherige Kreditgrundlage der OHG erhalten bleibt und möglicherweise, je nach der Größe des Eigenvermögens der Erben, sich erweitert. Dem Erblasser bietet sich hier die Möglichkeit, den Erben die Teilnahme an der Gesellschaft zu verschaffen und damit die Vorteile des arbeitenden Kapitals und der eigenen unternehmerischen Leistung zu erhalten.

II.

Neben den im Gesetz geregelten Formen der Fortsetzung stehen den Gesellschaftern aufgrund der ihnen in § 131 Ziff.4 HGB eröffneten Gestaltungsfreiheit noch andere Formen zur Verfügung, die in gleicher Weise das Ziel haben, die Auflösung der Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters auszuschließen. Ihre Erwähnung ist insofern notwendig, weil ihre Kenntnis die Abgrenzung von der hier zur Erörterung stehenden Nachfolge der Erben gem. § 139 HGB ermöglicht und die Gefahr ihrer Verwechslung vermeiden hilft. Im einzelnen können folgende Vereinbarungen getroffen werden:

1. Der Gesellschaftsvertrag räumt den überlebenden Gesellschaftern das Recht ein, beim Tode eines Gesellschafters die Fortsetzung unter sich zu beschließen, sei es einstimmig oder, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht, durch Mehrheitsbeschluß. Kommt der Beschluß zustande, so unterscheidet sich dieser Fall von der Regelung des § 138 HGB nur dadurch, daß dort die Fortsetzung automatisch und unabhängig vom jetzigen Willen der Gesellschafter eintritt.

2. Der Gesellschaftsvertrag kann einer oder mehreren Personen, die nicht notwendig Erben sein müssen, das Recht zum Eintritt in die Gesellschaft einräumen. Der Gesellschaftsvertrag ist insoweit Vertrag zu Gunsten eines Dritten auf den Todesfall⁸⁾, durch den der Begünstigte unmittelbar außerhalb des Erbanges den Anspruch auf Abschluß

8) Vgl. §§ 328 Abs.1, 331 Abs.1 BGB.

eines Aufnahmevertrages gegen die Gesellschafter⁹⁾ erwirbt. Eine Verpflichtung zur Ausübung des Rechtes können die Gesellschafter durch Vertrag nicht begründen¹⁰⁾.

3. Im einzelnen gestaltet sich die Rechtslage bei Vorliegen der Fortsetzungsvereinbarung in Form der Eintrittsklausel folgendermaßen:

a) Die Eintrittsklausel des Gesellschaftsvertrages verhindert beim Tode des Gesellschafters die automatische Auflösung der Gesellschaft. Die OHG wird zunächst, bis darüber Klarheit besteht, ob das Eintrittsrecht ausgeübt wird, unter den Altgesellschaftern fortgesetzt¹¹⁾.

b) Die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters erlischt; ihr Vermögenswert verwandelt sich in den schuldrechtlichen Abfindungsanspruch, der in den Nachlaß fällt und mehreren Erben zur gesamten Hand zusteht. Durch das Eintrittsrecht allein erlangt der Bedachte keine vermögensmäßige Zuwendung.

c) Ist der Eintrittsberechtigte Alleinerbe, so kann er bei Ausübung des Eintrittsrechtes den Abfindungsanspruch in voller Höhe in die Gesellschaft als Einlage einbringen. Die Gesellschafter sind ihm gegenüber zur Rückumwandlung des Anspruchs in einen entsprechenden Kapitalanteil verpflichtet¹²⁾, auf dessen Grundlage die Mitglied-

9) "Versprechender" und damit Vertragspartei ist nicht die OHG, sondern sind die einzelnen Gesellschafter. Der Aufnahmevertrag ist ein Rechtsgeschäft, durch welches der Eintretende in Rechtsbeziehungen zu den einzelnen Gesellschaftern tritt und nicht der OHG als einer in sich geschlossenen Einheit als Dritter gegenüber steht. Vgl. auch Hueck, OHG S.251.

10) Durch letztwillige Verfügung kann der Erblasser die Ausübung des Rechtes zur Bedingung der Erbeinsetzung machen. Er kann auch den Gesellschaftern durch Vermächtnis einen Anspruch auf Eintritt gegen den eintrittsberechtigten Erben einräumen. U.a. Hueck, OHG S.263, hält eine Verpflichtung des Erben zum Eintritt durch den Gesellschaftsvertrag für möglich. Dies liefe aber auf einen unzulässigen Vertrag zu Lasten eines Dritten hinaus. Vgl. dazu Siebert, Gesellschaftsvertrag S.12,13.

11) Vgl. Hueck, OHG S.262 Anm.5; Siebert, Gesellschaftsvertrag S.13 mit Anm.15.

12) Vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag S.13.

schaft, regelmäßig¹³⁾ der Rechtsstellung des ausgeschiedenen Gesellschafters entsprechend, "wiederhergestellt" wird.

d) Sind mehrere Erben zum Eintritt berechtigt, so müssen sie sich vor Abschluß des Aufnahmevertrages über den Abfindungsanspruch auseinandersetzen. Grundsätzlich wird es in diesem Falle dem Willen der Gesellschafter entsprechen, daß die eintretenden Erben nur den ihrer Erbquote entsprechenden Teil des Abfindungsanspruchs in die Gesellschaft einbringen.

e) Ist nur einer von mehreren Erben eintrittsberechtigt, so kann der Erblasser durch Teilungsanordnung, Vorausvermächtnis oder Vermächtnis den Eintritt auf den vollen Kapitalanteil, wie er im Regelfall von den Gesellschaftern gewollt sein wird, sicherstellen.

f) Dem eintrittsberechtigten Nichterben kann der Erblasser durch Vermächtnis den Abfindungsanspruch zuwenden. Ist dies nicht geschehen, so kann der Nichterbe die Aufnahme nur verlangen, wenn er die der Beteiligung des Erblassers entsprechende Einlage aus dem eigenen Vermögen aufbringt¹⁴⁾. Der wirtschaftliche Wert des Eintrittsrechtes besteht für ihn dann nur darin, daß er die Aufnahme in ein möglicherweise wirtschaftlich wertvolles Unternehmen bei ausreichendem Eigenvermögen beanspruchen und durchsetzen kann.

4. Hat der Gesellschaftsvertrag für den Fall des Todes eines Gesellschafters keine Vorsorge getroffen, so besteht für die Überlebenden Gesellschafter noch die Möglich-

13) Im Einzelfall ist dies eine Frage der Auslegung des Gesellschaftsvertrages.

14) Es ist aber möglich, daß sich der Gesellschafter gegenüber den Mitgesellschaftern zur Übertragung des Vermögenswertes an den Eintrittsberechtigten verpflichtet und die Erben als seine Rechtsnachfolger die Verbindlichkeit zu erfüllen haben. Wird die Verpflichtung zur Übertragung des Vermögenswertes als Vertrag zu Gunsten eines Dritten (des Eintrittsberechtigten) auf den Todesfall geschlossen, so ist für die Formbedürftigkeit des Rechtsgeschäftes allein das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien maßgebend (Vgl. Palandt, Einführung vor § 328 Anm.4). Die Unentgeltlichkeit des Versprechens des Erblassers und damit die Formbedürftigkeit wird aber deswegen zu verneinen sein, weil die Bewilligung des Eintrittsrechtes als Gegenleistung der Gesellschafter anzusehen ist.

keit, zusammen mit den Erben die Fortsetzung der Gesellschaft zu beschließen.

III.

Allen unter II. besprochenen Formen haftet der Mangel an, daß bei ihnen im Unterschied zu den gesetzlich geregelten Fällen der Fortbestand der Gesellschaft ungewiß ist¹⁵⁾ und daß bis zur Entscheidung über die Fortsetzung ein Schwebezustand entsteht, der sich auf die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft lähmend auswirken kann. Der Fortsetzungsbeschluß der Gesellschafter¹⁶⁾ kann am Widerspruch eines einzigen Gesellschafters scheitern und im Falle des Eintrittsrechts hängt die Fortsetzung grundsätzlich vom Willen des Eintrittsberechtigten ab, da nach der hier vertretenen Auffassung der Gesellschaftsvertrag keine Pflicht zum Eintritt begründen kann. Für die Gesellschafter empfiehlt es sich daher, von den zuletzt behandelten Möglichkeiten nur zurückhaltend Gebrauch zu machen, insbesondere den Fortbestand der Gesellschaft unter den Überlebenden für den Fall der Nichtausübung des Eintrittsrechtes vorsorglich zu vereinbaren.

15) Auch dann, wenn alle Erben gem. § 139 Abs.2 HGB aus der Gesellschaft ausscheiden, besteht diese unter den Altgesellschaftern fort. Vgl. Hueck, OHG S.274; Weipert, § 139 Anm.44; Schlegelberger, § 139 Anm.51; Düringer-Hachenburg, § 139 Anm.26; a.A. Staub, § 139 Anm.20. Aus dem Wort "Ausscheiden" in § 139 Abs.2 HGB kann gefolgert werden, daß die OHG unter den Altgesellschaftern bestehen bleibt. Vgl. dazu §§ 138, 141 Abs.1 und 2 HGB.

16) Vgl. § 2 II Ziff.1 S.9 oben.

2. Abschnitt.

DIE UNMITTELBARE NACHFOLGE DES ALLEINERBEN IN DIE RECHTSSTELLUNG DES VERSTORBENEN OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFTERS.

§ 3. Die Nachfolgeklausel als gesellschaftsrechtliche Voraussetzung für die Nachfolge des Erben in die Mitgliedschaft eines offenen Handelsgesellschafters. Grundlage, Gestalt, Wirkung und Rechtsnatur.

I.

Die Mitgliedschaft des offenen Handelsgesellschafters ist grundsätzlich unvererblich¹⁾. Das Gesetz hat aber den Gesellschaftern die Rechtsmacht verliehen, die Mitgliedschaft zu einem nachfolgefähigen Rechtsgut umzugestalten. Unter Verzicht auf den ihnen durch das Gesetz gewährten Schutz als Mitglieder einer vom gegenseitigen Vertrauen getragenen, eng verbundenen Personengemeinschaft, können die Gesellschafter die Fortsetzung mit den zukünftigen Erben im Vertrag vereinbaren. Die Vereinbarung wird meist ausdrücklich durch die Aufnahme der sogenannten Nachfolgeklausel getroffen. Es genügt aber auch, daß sich der auf die Fortsetzung mit den Erben gerichtete Wille durch die Auslegung des gesamten Vertragsinhaltes ermitteln läßt²⁾.

II.

1. In ihrer einfachsten und allgemeinsten Form lautet die Nachfolgeklausel:

" Beim Tode eines Gesellschafters wird die
Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt."

In diesem Falle sind alle zukünftigen Erben nachfol-

1) Vgl. § 131 Ziff.4 HGB.

2) Vgl. Hueck, OHG S.261 mit Anm.2.

geberechtigt, gleichgültig, ob ihr Erbrecht auf Gesetz oder auf Verfügung von Todes wegen beruht³⁾.

2. Häufig soll die Nachfolge nur für einen oder wenige Erben eröffnet werden, um ein der OHG wesensfremdes und hinderliches Anschwellen der Gesellschafterzahl zu verhindern. Der typische Inhalt der Nachfolgeklausel⁴⁾ lautet in diesem Fall:

" Beim Tode des Gesellschafters A wird die Gesellschaft mit dessen Ehefrau (ältestem Sohn, dessen Söhnen, mit seinem Bruder, mit N.N.) fortgesetzt. "

Die Nachfolgeklausel kann noch in verschiedenen anderen Spielarten vorkommen⁵⁾, die aber alle auf die beiden dargestellten Grundtypen zurückgeführt werden können.

3. Von der Eintrittsklausel unterscheidet sich die Nachfolgeklausel dadurch, daß sie auf eine unmittelbare automatische Nachfolge abzielt, während jene dem Bedachten nur das Recht auf Abschluß eines Aufnahmevertrages gewährt, dessen Ausübung in seinem Ermessen liegt. In ihrer typischen Gestalt hat die Eintrittsklausel folgenden Inhalt:

" Beim Tode des Gesellschafters A ist N.N. berechtigt, in die Gesellschaft einzutreten. "

Eintrittsklausel und Nachfolgeklausel sind scharf voneinander zu trennen. Terminologisch sollte dem dadurch Rechnung getragen werden, daß als Oberbegriff für die Fortsetzung der Gesellschaft mit Dritten von "Fortsetzungsklausel", für die Vereinbarung der unmittelbaren Nachfolge von "Nachfolgeklausel" und für die Begründung des Eintrittsrechtes von " Eintrittsklausel " gesprochen wird⁶⁾.

III.

1. Die Nachfolgeklausel ist eine gesellschaftsvertragliche Abrede, mit der die Gesellschafter den Inhalt der Mitgliedschaft im Rahmen der ihnen ausdrücklich zuerkannten Vertragsmacht⁷⁾ in einer typischen Weise festlegen.

3) Man spricht hier von "schlichter" Nachfolgeklausel.

4) Die Zulässigkeit dieser Klausel ("qualifizierte" Nachfolgeklausel) soll erst später geprüft werden.

Vgl. § 16 I S. unten.

5) Vgl. Siebert, NJW 1955 S.809.

6) Vgl. auch Siebert, Gesellschaftsvertrag S.12

7) § 139 Abs.5 HGB bildet die Grenze der Vertragsfreiheit.

Das grundsätzlich höchstpersönliche und deshalb unvererbliche Rechtsverhältnis als Gesellschafter wird durch die Klausel seiner Höchstpersönlichkeit entkleidet und zu einem nachfolgefähigen Rechtsgut⁸⁾ umgestaltet. Die Klausel schließt die Auflösung der Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters aus und bestimmt nach konkreten oder abstrakten Merkmalen die nachfolgeberechtigten Personen, die - wenn die Nachfolge nicht scheitern soll - notwendig Erben des ausscheidenden Gesellschafters sein müssen.

2. In der Eröffnung und Vorbereitung der Nachfolge erschöpft sich die Wirkung der Nachfolgeklausel. Den Übergang der nunmehr vererblichen Mitgliedschaft⁹⁾ bewirkt sie nicht. Sie ist kein Verfügungsgeschäft eigener Art, das die Mitgliedschaft durch den Tod des Erblassers aufschiebend bedingt auf die Erben übertragen würde, ohne daß deren rechtsgeschäftliche Mitwirkung erforderlich wäre.

Für den Übergang der Mitgliedschaft ist ein weiterer Tatbestand notwendig, den Siebert anschaulich als "Verfügungstatbestand" bezeichnet¹⁰⁾.

§ 4. Die Erbfolge als Übertragungstatbestand der nachfolgefähigen Mitgliedschaft.

I.

1. Der Übergang der nachfolgefähigen Mitgliedschaft wird bei der vertraglich vorgesehenen Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben nach § 139 HGB durch das Erbrecht, genauer durch die erbrechtliche Rechtsnachfolge bewirkt¹⁾.

2. Dies wurde nicht immer so gesehen.

a) In der unter der Geltung des ADHGB ergangenen, für

8) Vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag S.19; Düringer-Hachenburg, § 139 Anm.5; Heinsheimer, S.65.

9) Vgl. Kipp-Coing, S.390.

10) Vgl. Siebert, NJW 1955 S.809; Küster, DNotZ 1956 S. 463: "Verfügungsakt".

1) Das ist die heute herrschende Ansicht. Vgl. Staudinger-Boehmer, § 1922 Anm.162 und die dort zitierte Literatur und Rechtssprechung; ferner Siebert, Gesellschaftsvertrag S.19; Kipp-Coing, S.390; anders noch Staudinger-Boehmer, 10.Aufl., § 1922 Anm.162.

die Rechtsentwicklung bedeutsamen Entscheidung im 16. Band erklärte das Reichsgericht²⁾, daß "die Rechtsstellung des Erben keineswegs eine durch erbrechtliche Nachfolge derivierte, sondern aufgrund im Gesetz bestimmter Tatsachen kraft Bestimmung des Handelsgesetzbuchs entstanden sei"³⁾. Die Erbeneigenschaft der Nachfolger sei nur eines der gesetzlich fixierten Tatbestandsmerkmale, das den nachfolgeberechtigten Personenkreis bestimme, nicht aber die Erwerbsgrundlage bilde.

b) Aber bereits die Beweggründe⁴⁾, die zur Schaffung der Bestimmung des § 139 im heutigen Handelsgesetzbuch führten, zeigen auf, daß sich die Ansicht des Reichsgerichts nicht durchzusetzen vermochte, und daß die Erbfolge als Erwerbsgrundlage der Mitgliedsstellung angesehen wurde. Mit § 139 HGB sollte die Zwangslage, in welcher sich der Gesellschaftererbe unter der Geltung des ADHGB befand, nämlich, entweder unbeschränkt haftender offener Handelsgesellschafter zu werden oder aber die ganze Erbschaft auszuschlagen, beseitigt werden. Wäre aber die Mitgliedschaft nicht Teil der Erbschaft gewesen, so wäre auch die Ausschlagung kein geeignetes Mittel gewesen, um ihren Erwerb zu verhindern.

3. Auch aus dem Wortlaut des § 139 HGB folgt, daß die Mitgliedschaft durch das Erbrecht übertragen wird. In dieser Bestimmung ist von dem "auf den Erben entfallenden Teil der Einlage des Erblassers" die Rede. Dieser "Teil" wird bei der schlichten Nachfolgeklausel nicht etwa durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt. Er kann sinnvoll nur als der durch die Erbquote vorgegebene Anteil verstanden werden. Wenn aber die Mitgliedschaft einer gesetzlich vorweggenommenen Teilung im Verhältnis der Erbquoten unterliegt,

2) RGZ Bd.16 S.40 zu Art.123 Ziff.2 ADHGB. Art. 123 Ziff.2 ADHGB lautete: " Die Gesellschaft wird aufgelöst: 2. durch den Tod eines der Gesellschafter, wenn nicht der Vertrag bestimmt, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll; " .

3) Daraus zog das Reichsgericht die Folgerung, daß bei der Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben das Erbrecht keine Anwendung finden könne; RGZ Bd.16 S.58.

4) Vgl. Hahn-Mugdan, Reichsjustizgesetze S.271 (Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und Einführungsgesetzes).

so nur deswegen, weil sie ein Teil der Erbschaft ist.

Die Auffassung, daß die Mitgliedschaft durch das Erb-
recht auf die Nachfolger übertragen wird, entspricht auch
am besten Willen und Vorstellung der Beteiligten und der
natürlichen Lebensanschauung. Wie bei allen anderen ver-
erblichen Rechten und Pflichten vollzieht sich auch der
Übergang des Rechtsverhältnisses als Gesellschafter auf
einen neuen Rechtsträger durch die erbrechtliche Gesamt-
nachfolge. Was hätte es auch für einen Sinn, den Kreis
der nachfolgeberechtigten Personen auf die Erben des Ge-
sellschafters zu beschränken, wenn die Erbeneigenschaft
nur zufälliges Tatbestandsmerkmal des Erwerbes, nicht
aber seine entscheidende Grundlage bildete. Wie sollten
sich die Gläubiger des Erblassers aus dem Vermögenswert
der Mitgliedschaft befriedigen können, wenn ihn die neuen
Rechtsträger nicht als Teil des dem Zugriff der Nachlaß-
gläubiger unterliegenden Nachlasses erworben hätten.

II.

1. Gemäß § 1922 BGB vollzieht sich der Übergang der
Mitgliedschaft im Zeitpunkt des Todes unmittelbar. Die
Rechtsnachfolge in die Mitgliedsstellung erfolgt automa-
tisch, d.h. unabhängig von einer Annahmeerklärung des Er-
ben oder Aufnahmeerklärung seitens der Altgesellschafter.
Die Gesellschaft wird also ohne zeitliche Unterbrechung
mit den automatisch "einrückenden" Erben fortgesetzt.

2. Die Erkenntnis, daß die unmittelbare Nachfolge in
die Mitgliedschaft durch das Erbrecht vermittelt wird,
macht gleichzeitig den Ansatzpunkt der gesamten Problema-
tik der Nachfolge des Erben in die Rechtsstellung des of-
fenen Handelsgesellschafters sichtbar. Wenn die Mitglied-
schaft Gegenstand der Erbfolge ist, findet damit grund-
sätzlich für die daraus entspringenden Fragen der Erben-
bestimmung, des Erwerbsvorganges und der rechtlichen Be-
handlung der Mitgliedschaft als Teil der Erbschaft das
Erbrecht des BGB Anwendung. Zugleich erlangt der Erbe die
personenrechtliche Rechtsstellung als offener Handels-
gesellschafter, an die das HGB eine Vielzahl von Rechts-
folgen knüpft, die zu den Normen des Erbrechts in Wider-

spruch treten können⁵⁾.

§ 5. Rechtsnatur und Inhalt der Mitgliedschaft.

Vor der Erörterung der Einzelprobleme der Nachfolge des Alleinerben ist es erforderlich, die Mitgliedschaft als den Gegenstand der erbrechtlichen Nachfolge nach Wesen und Inhalt zu beschreiben.

I.

1. Der Gesellschaftsvertrag der OHG ist auf die Herstellung einer Personengemeinschaft gerichtet, welche die in § 105 Abs.1 HGB aufgeführten Erfordernisse erfüllt. Die vertraglich begründete Gemeinschaft ist ein schuldrechtliches Rechtsverhältnis¹⁾, das mannigfache Beziehungen unter den Rechtssubjekten, welche der Gemeinschaft "angehören", entfaltet. Dieses durch die Gründung oder einen später erfolgenden Eintritt notwendige "Angehören" wird als Mitgliedschaft bezeichnet. Mitgliedschaft ist damit der einheitliche Name für alle Rechtsbeziehungen, die zwischen dem einzelnen Gemeinschaftsangehörigen und der Gemeinschaft bestehen. Diese Rechtsbeziehungen entstehen mit Abschluß des Gründungsvertrages (oder Aufnahmevertrages) und umfassen schuldrechtliche Rechte und Pflichten, Gestaltungsrechte und sonstige Rechte des rechtlichen Könnens und regeln die Rechtszuständigkeit des Gesellschafters an den Gegenständen des Gemeinschaftsvermögens.

2. Innerhalb der Vielheit der Rechtsbeziehungen, die in weitem Umfang der Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter überlassen sind²⁾, besteht ein notwendiger innerer Kern der Mitgliedschaft, der durch den Gesellschaftsvertrag nicht mehr beschnitten werden kann, ohne daß zugleich ihr Träger aufhören würde, Gesellschafter zu sein. Die Mitgliedschaft in diesem Sinne, die notwendig durch den Gesellschaftsvertrag für a l l e Vertragspartner entsteht, besteht unab-

5) Vgl. Einleitung I Ziff.2 S.1,2 oben.

1) Vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht S.54, 26.

2) Vgl. § 109 HGB.

hängig davon, ob der Gesellschafter kapitalmäßig an der Gesellschaft beteiligt und ob er in den Verwaltungsrechten beschnitten oder von ihnen ausgeschlossen ist³⁾. So entspringen aus der Rechtsstellung als Gesellschafter z w i n g e n d die gesamthänderische Mitberechtigung an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens und die unentziehbaren Rechte und unverzichtbaren Pflichten und r e - g e l m ä ß i g , ohne daß der Wille der Vertragspartner auf ihre Begründung gerichtet sein müßte, alle die Rechte und Pflichten, die das Gesetz im Normalfall an die Gesellschaftereigenschaft bindet.

II.

1. Die mitgliedschaftlichen Rechte des Gesellschafters gegenüber der OHG werden im allgemeinen in die persönlichen Mitverwaltungsrechte und in die Vermögensrechte aus der Mitgliedschaft eingeteilt⁴⁾. Zu den Mitverwaltungsrechten gehören insbesondere das Recht zur Geschäftsführung einschließlich des Widerspruchsrechts, das Stimmrecht, das Informations- und Kontrollrecht, und das Recht zur Kündigung der Gesellschaft und Teilnahme an der Liquidation. Vermögensrechte sind der Anspruch auf den Gewinnanteil und das Auseinandersetzungsguthaben, das Recht auf Entnahmen und das Recht auf Aufwendungs- und Verlustersatz.

2. Siebert schlägt eine andere Einteilung der Rechte des Gesellschafters vor⁵⁾. Er unterscheidet:

a) Die eigentliche Mitgliedschaft, die sich aus der persönlichen Stellung des Gesellschafters in der Gesellschaft und aus dem Mitgesamthändersein zusammensetzt;

b) die vermögensmäßige Beteiligung des Gesellschafters, die im Kapitalanteil ihren Ausdruck findet.

Im folgenden soll aus Gründen der Anschaulichkeit Sieberts Unterscheidung zugrundegelegt werden.

Zu a) Der Gesellschafter erwirbt die persönliche Mitgliedsstellung durch den Abschluß des Gesellschaftsvertra-

3) Vgl. §§ 117, 127 HGB; der Entzug dieser und anderer Befugnisse führt nicht zum Verlust der Rechtsstellung als Gesellschafter.

4) Vgl. Hueck, OHG S.166.

5) Vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag S.6.

ges, durch den diese auch ihre nähere Ausgestaltung über das nachgiebige Gesetzesrecht hinaus erfahren kann. Sie enthält Verwaltungs- und Vermögensrechte, denen die Pflichten des Gesellschafters⁶⁾ gegenüberstehen. Die persönliche Mitgliedsstellung vermittelt die gesamthänderische Mitberechtigung an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens. Wenn auch die kapitalmäßige Beteiligung jedes Gesellschafters praktisch die Regel bildet, so ist die "eigentliche Mitgliedschaft" doch von ihr unabhängig. So hat insbesondere die gesamthänderische Mitberechtigung keine wertmäßige Bedeutung für ihren Inhaber⁷⁾. Sie ist eine nur formale Mitverfügungsberechtigung, ohne in einem materiell-wertmäßigen Verhältnis zu der wirtschaftlichen Beteiligung des Gesellschafters zu stehen⁸⁾.

Zu b) Von der qualitativen Beteiligung des Gesellschafters ist seine quantitative, die sich im Kapitalanteil ausdrückt, zu unterscheiden. Aus dem Kapitalanteil, über den ein Konto geführt wird, ergibt sich der Umfang der wertmäßigen Berechtigung des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen. Der wirkliche Wert der Beteiligung kann, da das Kapitalkonto nur sein buchmäßig unvollkommener Ausdruck ist, allein aus dem Verhältnis der Kapitalkonten der Gesellschafter zueinander ermittelt werden⁹⁾. Eine selbständige rechtliche Bedeutung gewinnt die vermögensmäßige Beteiligung des Gesellschafters als Anspruch auf das Auseinandersetzungs- oder Abfindungsguthaben, für dessen Berechnung der buchmäßig ausgewiesene Kapitalanteil die Grundlage bildet. Ebenso richtet sich der Anteil an Gewinn und Verlust und der Umfang des Rechtes zu Entnahmen zum Teil nach der wirtschaftlichen Beteiligung des Gesellschafters. Beim Ausscheiden eines Gesellschafters wächst den verbleibenden Gesellschaftern nur seine Berech-

6) Die wichtigsten Pflichten sind die Treue-, Beitrags- und Tätigkeitspflicht.

7) Zu dieser Vorstellung kann aber die sprachlich nicht glückliche Fassung des § 738 Abs.1 S.1 BGB verleiten; dort ist von einem "Anwachsen" des Anteils am Gesellschaftsvermögen die Rede.

8) Vgl. Hueck, OHG S.288; Siebert, Gesellschaftsvertrag S.6.

9) Vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag S.7.

tigung als Mitgesamthänder an, d.h. durch den Fortfall seiner Mitverfügungsmacht verstärkt sich die Mitberechtigung der fortsetzenden Gesellschafter. Dieser Vorgang enthält aber keinen Anfall von Vermögensobjekten, sondern bewirkt nur eine Änderung der an ihnen bestehenden Rechtszuständigkeit.

Die wirtschaftliche Beteiligung des Gesellschafters verwandelt sich bei seinem Ausscheiden in den schuldrechtlichen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft. Die Lösung des Vermögenswertes aus der gesellschaftlichen Bindung und seine Umwandlung in den Abfindungsanspruch führt notwendig zum Erlöschen der Mitgliedschaft¹⁰⁾.

3. Bei der Vereinbarung der Nachfolge der Erben in die Gesellschaft soll nach der Vorstellung der Beteiligten die Mitgliedschaft grundsätzlich als Einheit mit all ihren Bestandteilen auf den oder die Nachfolgeberechtigten übergehen.

§ 6. Der Übergang der Mitgliedschaft auf den Alleinerben.

I.

1. In § 3 III S. 14, 15 oben wurde dargelegt, daß die Aufnahme der Nachfolgeklausel in den Gesellschaftsvertrag die unerläßliche Voraussetzung für die Nachfolge von Todes wegen in die Mitgliedschaft des Gesellschafters bildet. Weiterhin wurde festgestellt, daß sich mit der Eröffnung der unbeschränkten oder beschränkten Vererblichkeit die Wirkung der Nachfolgeklausel erschöpft. Die Bestimmung des Erben und der Erwerbsvorgang selbst beruhen auf dem Erbrecht¹⁾. Die in der Nachfolgeklausel bedachten Personen erwerben daher die Mitgliedschaft nur, wenn sie zugleich Erben des Gesellschaftererblässers sind. Gesellschaftsvertrag und Erbrecht müssen also hinsichtlich der Person des Nachfolgeberechtigten übereinstimmen, wenn die

10) Vgl. auch §§ 135, 141 HGB.

1) Vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag S.19.

Nachfolge von Todes wegen nicht scheitern soll.

2. Läßt der Gesellschaftsvertrag die Erben des Gesellschafters ohne Einschränkung zur Nachfolge zu, und hinterläßt der Gesellschafter nur einen Erben, so besteht zwischen Gesellschaftsvertrag und Erbrecht volle Übereinstimmung, und die Mitgliedschaft geht beim Erbfall auf den Alleinerben über.

Benennt der Gesellschaftsvertrag eine bestimmte Person, so greifen Gesellschaftsrecht und Erbrecht nur dann lückenlos ineinander, wenn diese Person Alleinerbe wird²⁾.

Ist die allein nachfolgeberechtigte Person nicht Erbe geworden, so scheitert die Nachfolge, die Mitgliedschaft erlischt und ihr vermögensrechtlicher Kern vererbt sich nach allgemeinen Grundsätzen.

Bestimmt der Gesellschaftsvertrag mehrere Personen als Nachfolger, wird aber nur eine von ihnen Erbe, so führt diese Inkongruenz nicht zum Scheitern der Nachfolge im ganzen. Das Erbrecht hat dann die vom Gesellschaftsvertrag eröffneten Möglichkeiten nur zum Teil ausgeschöpft und die Nachfolge findet statt, soweit die Deckung vorliegt.

II.

1. Decken sich Gesellschaftsvertrag und Erbrecht hinsichtlich der Person des Nachfolgers, so geht die durch die Nachfolgeklausel ihrer Höchstpersönlichkeit entkleidete Mitgliedschaft beim Erbfall unmittelbar wie alle anderen vererblichen Gegenstände kraft Gesamtrechtsnachfolge auf den Alleinerben über. Die Rechtsnachfolge in die Rechtsstellung als Gesellschafter wird durch § 1922 BGB, der erbrechtlichen Grundnorm, bewirkt. Die Tatsache, daß die Mitgliedschaft personenrechtliche Bestandteile ohne unmittelbaren Vermögenswert besitzt, zwingt nicht dazu, den Erwerb der Mitgliedschaft insoweit nur entsprechend § 1922 BGB anzunehmen und bereits aus diesem Grunde einen Ansatzpunkt für eine erbrechtliche Sonderbehandlung zu gewinnen³⁾. Wenn in

2) Die Problematik der qualifizierten Nachfolge wird erst in einem späteren Abschnitt dargestellt. Vgl. 4. Abschnitt, § 16 S. ff.

3) Vgl. Siebert, NJW 1955 S.810.

§ 1922 BGB vom Übergang des "Vermögens" die Rede ist, so ist zwar in erster Linie an geldwerte Lebensgüter gedacht und insofern eine ungefähre, aber nicht ausreichende Richtschnur für die Frage der Vererblichkeit eines Rechtsgutes gegeben. Damit erschöpft sich aber der Vermögensbegriff des § 1922 BGB nicht. Neben geldwerten Gütern gibt es auch "Obligationen ohne vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers", die gleichfalls den allgemeinen Sukzessionsgrundsätzen unterliegen⁴⁾. Grundsätzlich bildet der Vermögenswert die Grenze zwischen vererblichen und unvererblichen Rechtsbeziehungen. Rechte und Pflichten, deren Schwerpunkt in der Person ihres Trägers liegt und die keinen oder nur untergeordneten Bezug zum Vermögen ihres Trägers haben, sind regelmäßig, aber nicht notwendig unübertragbar und unvererblich. Sie erlöschen mit dem Tode ihres Trägers, wenn nicht das Gesetz ihre Vererbung ausdrücklich zuläßt oder, wie dies bei der Mitgliedschaft eines offenen Handelsgesellschafters gegeben ist, ihre Vererblichkeit der Gestaltung der Rechtsträger überläßt⁵⁾. Vermögen im Sinne des § 1922 BGB kennzeichnet also die Summe der v e r e r b l i c h e n Rechte, Pflichten und Rechtslagen, die zwar in der Mehrzahl, aber nicht zwingend Vermögenswert besitzen.

2. Mit der Erkenntnis, daß auch Rechte und Pflichten ohne unmittelbaren Vermögenswert zum vererblichen Vermögen nach § 1922 BGB zählen können, ist auch jener Auffassung zu begegnen, nach der die erbrechtliche Nachfolge auf die vermögensrechtlichen Bestandteile beschränkt sein soll, während sie von den personenrechtlichen Bestandteilen der Mitgliedschaft annimmt, daß sie in der Person des Erben neu entstehen⁶⁾. Von den Schwierigkeiten abgesehen, eine überzeugende rechtliche Erklärung für die Neuentstehung des personenrechtlichen Teils der Mitgliedschaft in der Person des Nachfolgers zu finden, besteht für die Aufspaltung der

4) Vgl. Motive V S.2.

5) Vgl. Planck, Vorbemerkungen II S.5.

6) So Schlicht, NJW 1954 S.985 und Wolf, NJW 1954 S.1549. Nach Wolf entstehen die höchstpersönlichen Rechte als "accessoria" eines vererblichen Rechtes neu in der Person des Gesellschaftererben.

Mitgliedschaft in dieser Weise kein Bedürfnis. Wie durch ihre Zustimmung zur Übertragung der Mitgliedschaft durch Rechtsgeschäft unter Lebenden haben die Gesellschafter durch die Aufnahme der Nachfolgeklausel auf die zu ihrem Schutze bestehende Unübertragbarkeit der Gesellschafterstellung zugunsten ihrer Vererblichkeit verzichtet. Dann besteht aber kein Grund dafür, daß die personenrechtlichen Bestandteile der Mitgliedschaft beim Tode des Gesellschafters erlöschen, weil sie nicht mehr höchstpersönlich⁷⁾, d.h. mit der Person ihres Trägers unlöslich verbunden sind. Die personenrechtlichen Bestandteile der Mitgliedschaft gehen daher in der gleichen Weise wie ihre vermögensrechtlichen im Erbgaue auf den Nachfolger über.

3. Die übliche Unterscheidung und Aufteilung in personenrechtliche und vermögensrechtliche Bestandteile und die gesamthänderische Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen, die allein den Zweck verfolgt, Inhalt und Rechtswirkungen der Mitgliedschaft abkürzend zu beschreiben, könnte dazu verleiten, die Mitgliedschaft mit der Summe der aufgeführten Einzelrechte und Berechtigungen gleichzusetzen. Das einheitliche Band, das die einzelnen Bestandteile zusammenhält, ist aber die durch den Gesellschaftsvertrag begründete und bis zum Erlöschen der Mitgliedschaft fortwirkende Rechtsstellung als Gesellschafter, die oben als ihr innerer Kern⁸⁾ bezeichnet wurde. Daß diese Rechtsstellung für den Nachfolgevorgang logisch an die Spitze zu stellen ist, wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß sie unabhängig davon besteht, ob die Vermögensrechte beispielsweise an einen gesellschaftsfremden Dritten abgetreten sind oder ob ein wesentlicher Teil der Verwaltungsrechte dem Gesellschafter entzogen ist.

In diese Rechtsstellung folgt der Erbe nach, d.h. er wird offener Handelsgesellschafter, wobei darüber, ob sich das Mitgliedschaftsverhältnis des Erben in Einzelheiten von dem des Erblassers unterscheidet, noch keine Aussage gemacht ist. Wesensnotwendig und unabdingbar mit dem Er-

7) Vgl. Lehmann, S.80.

8) Vgl. § 5 I Ziff.2 S.18 oben.

werb der Gesellschafterstellung verbunden sind beispielsweise die gesamthänderische Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen, die unbeschränkte persönliche Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten und die gesellschaftlicherliche Treuepflicht.

Für die Mitgliedschaft im übrigen, also für die über ihren essentiellen Kern hinaus bestehenden Rechtsbeziehungen, gilt als **G r u n d s a t z**, daß der Erbe als Rechtsnachfolger des Erblassers in die **g l e i c h e** Rechts- und Pflichtenstellung einrückt, die der Erblasser innehatte, es sei denn, daß der Gesellschafts **v e r - t r a g** eine abweichende Regelung enthält⁹⁾.

Seine Grenze findet dieser Grundsatz an jenen Rechten, Pflichten und Beschränkungen, die ihre Höchstpersönlichkeit durch die Nachfolgeklausel nicht verloren haben und deshalb mit dem Tode des Gesellschafters erlöschen. Die Vererblichkeit eines Rechtsverhältnisses bedeutet nicht, daß auch die an die Person des Erblassers gebundenen Elemente übergehen, sondern nur die Möglichkeit der Nachfolge in die fortsetzbaren Bestandteile¹⁰⁾.

4. Die folgenden Beispiele sollen Grundsatz und Ausnahme bei der Nachfolge in die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht veranschaulichen.

a) Hatte der beerbte Gesellschafter Einzelgeschäftsführungsbefugnis und Einzelvertretungsmacht, wie es der gesetzlichen Normalstellung des Gesellschafters entspricht¹¹⁾, so erwirbt der Erbe diese Befugnisse in gleicher Weise.

Dies wird für den Fall bestritten, daß Geschäftsführung und Vertretung nicht allen Gesellschaftern zustehen¹²⁾. Bei dieser Regelung sei die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis Ausdruck eines **b e s o n d e r e n** Vertrauens, gewissermaßen eine höchstpersönliche Befugnis, die mit dem Tode des "bevorrechtigten" Gesellschafters erlösche.

9) Vgl. BGH NJW 1959, S.192.

10) Vgl. Staudinger-Boehmer, § 1922 Anm.162.

11) Vgl. §§ 114 Abs.1, 115 Abs.1; 125 Abs.1 HGB.

12) Vgl. Staub, § 139 Anm.14; Weipert, § 139 Anm.21; Lehmann-Ring, § 139 Anm.10; ähnlich Wieland, S.688; OLG Hamburg, "Der Betrieb" 1951, S.152.

Diese Auffassung verkennt, daß das Gesetz eine andere Entscheidung getroffen hat. Im Regelfall steht j e d e m Gesellschafter das Recht zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft zu. Damit ist dem Wesen der OHG als einer vom gegenseitigen Vertrauen der Gesellschafter getragenen Haftungs- und Arbeitsgemeinschaft entsprochen und dem einzelnen Gesellschafter durch den unmittelbaren Einfluß aufgrund dieser Verwaltungsrechte das Äquivalent für seine unbeschränkte Haftung gegeben. Die Tatsache, daß einer oder mehrere Gesellschafter von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen oder in diesen Rechten beschränkt sind, beweist nach der Wertung des Gesetzes nur, daß gerade sie zur Ausübung dieser Befugnisse nicht geeignet erschienen, nicht aber, daß der berechtigte Erblasser ihnen gegenüber privilegiert wurde¹³⁾.

Beide Meinungen nähern sich in ihren Ergebnissen insofern wieder an, als jede auf einen im Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck gekommenen, vom jeweiligen Grundsatz abweichenden Willen Rücksicht nimmt¹⁴⁾ und den Einzelfall entsprechend diesem Willen entscheidet. Gleichwohl besteht ein erheblicher praktischer Unterschied beider Standpunkte¹⁵⁾. Bedeutsam wird die Frage, von welchem Grundsatz auszugehen ist für die Vertragsauslegung und dafür, ob der Gesellschaftererbe oder die Altgesellschafter im Prozeß zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen haben¹⁶⁾.

b) Umgekehrt erwirbt der Erbe die Befugnisse nicht oder nur beschränkt, wenn sie dem Erblasser nicht oder nur beschränkt, etwa als Gesamtgeschäftsführungsbefugnis und Gesamtvertretungsmacht zustanden¹⁷⁾. Aber auch hier kann sich aus dem Gesellschaftsvertrag ein anderer Wille der

13) Vgl. Hueck, OHG S.264; Düringer-Hachenburg, § 139 Anm.14; Ritter, § 139 Anm.3a; Schlegelberger, § 139 Anm.22; RG DR 1942 S.1057.

14) Vgl. Hueck, OHG S.264 Anm.11 und die bei Weipert, § 139 Anm.21 angeführten Beispiele.

15) Vgl. Fischer, BB 1956 S.840.

16) Vgl. BGHZ Bd.20 S.109.

17) Vgl. Hueck, OHG S.264.

Beteiligten ergeben.

c) Vorrechte¹⁸⁾, die dem Erblasser wegen besonderer Fähigkeiten, langjähriger Tätigkeit oder besonderer Verdienste um die Gesellschaft gewährt wurden, sind höchstpersönlich und erlöschen mit dem Tode des Gesellschafters¹⁹⁾. Ein Gleiches gilt umgekehrt für die höchstpersönlichen Beschränkungen²⁰⁾ oder jene Tatbestände, welche die übrigen Gesellschafter zur Erhebung der Ausschlußklage berechtigten. Für einen Übergang der in der Person des Erblassers liegenden Gründe zur Ausschließung aus der Gesellschaft oder zur Entziehung von Verwaltungsrechten besteht auch kein Bedürfnis, da mit dem Tode des Gesellschafters die Gefährdung der Handelsgesellschaft fortgefallen ist²¹⁾.

d) Hatte der Erblasser, beispielsweise wegen seines hohen Alters, die Geschäftsführung niedergelegt oder waren ihm durch Urteil Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht entzogen²²⁾, so bereitet die Erklärung, weshalb der Erbe gleichwohl diese Rechte erwirbt, Schwierigkeiten. Der Gedanke der Rechtsnachfolge versagt hier, da der Gesellschafter die fraglichen Rechte im Zeitpunkt des Todes nicht besaß. Beim Tode des Gesellschafters erlöschen aber die Gründe, die zu der höchstpersönlichen Gestaltung der Mitgliedschaft in Bezug auf Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht geführt hatten. Auf den Erben geht dann die von den höchstpersönlichen, negativen Tatbeständen "befreite" Mitgliedschaft über, die in ihrem Bestande vom Besitz dieser Verwaltungsrechte unabhängig ist. An die gemäß § 1922 BGB übergegangene Mitgliedsstellung als Gesellschafter knüpfen sich, ohne daß es rechtsgeschäftlicher Begründung bedürfte, die gesetzlich für den Regelfall vorgesehenen Befugnisse des Gesellschafters. Sie entstehen als ge-

18) " Privilegia favorabilia " ; vgl. Staudinger-Boehmer, § 1922 Anm.162.

19) Dies gilt nicht für Vorrechte aufgrund besonderer kapitalistischer Beteiligung, in die der Erbengesellschafter nachfolgt.

20) " Privilegia odiosa " ; vgl. Staudinger-Boehmer, § 1922 Anm.162.

21) Vgl. BGH BB 1958 S.58.

22) Vgl. §§ 117, 127 HGB.

setzliche Folge des erbrechtlichen Erwerbes der Rechtsstellung als offener Handelsgesellschafter *n e u* in der Person des Erben. Von Schlichts Auffassung²³⁾ unterscheidet sich die hier vertretene dadurch, daß sie als notwendige Grundlage für die Neuentstehung der Verwaltungsrechte in der Person des Erben die erbrechtliche Nachfolge in das vertraglich begründete Rechtsverhältnis als Gesellschafter erkennt.

III.

Die Rechte des § 139 HGB, das Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der beantragten Kommanditistenstellung abhängig zu machen oder für den Fall der Ablehnung aus der Gesellschaft auszuschneiden, erwirbt der Erbe nicht kraft Erbrechts, sondern unmittelbar kraft Bestimmung des Handelsgesetzbuchs. Diese Rechte fallen daher nicht in den Nachlaß, ein Umstand, dem bei der Nachfolge mehrerer Erben besondere Bedeutung zukommt.

23) Vgl. § 6 II Ziff. 2 S. 23 Anm. 6 oben.

3. Abschnitt.

DER ERWERB DER MITGLIEDSCHAFT DURCH DIE GESAMTHEIT DER ERBEN.

§ 7. Die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen der Nachfolge mehrerer Erben und der Erwerb einer Erbenmehrheit nach dem BGB. Die Problemstellung nach der herrschenden Meinung.

I.

Die Nachfolgeklausel weist gegenüber der beim Allein-erben besprochenen Grundform keine Unterschiede auf. Die Gesellschafter beschließen mit ihr die Fortsetzung mit den Erben eines Gesellschafters, ohne eine nähere Bestimmung über Person, Zahl oder Eigenschaft der Nachfolgeberechtigten zu treffen. Damit sind beim Tode eines Gesellschafters dessen Erben, gleichgültig, ob sie ihn kraft Gesetzes oder aufgrund letztwilliger Verfügung beerben, durch den Gesellschaftsvertrag zur unmittelbaren Nachfolge zugelassen.

II.

1. Nach § 2032 Abs. 1 BGB wird der mehreren Erben hinterlassene Nachlaß¹⁾ gemeinschaftliches Vermögen. Die Miterben werden an jedem einzelnen Nachlaßgegenstand zur gesamten Hand berechtigt. Jeder von ihnen ist Rechtsträger des ererbten Rechtes, ist aber in der Verfügung über das Recht und in der Ausübung und Verwaltung des Rechtes durch die notwendige Mitberechtigung der

1) Nachlaß ist die gesetzestechnische Bezeichnung für die Summe aller im Erbgang erworbenen Rechte und Pflichten. Sein Umfang deckt sich mit dem Vermögen i.S. des § 1922 BGB, ist also identisch mit der Summe der vererblichen Rechtsbeziehungen.

übrigen Gemeinschafter beschränkt²⁾. Eine Verfügung über den "Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen" ist ausgeschlossen³⁾.

2. Von dem Grundsatz der gesamthänderischen Nachfolge in alle Nachlaßgegenstände kennt das BGB keine Ausnahme. Die Nachfolge einer Erbenmehrheit in die gesellschaftsrechtliche Beteiligung müßte sich daher nach dem bürgerlichen Erbrecht in der Weise vollziehen, daß die vererblich gestaltete Mitgliedschaft allen Erben gemeinschaftlich zufiele⁴⁾, daß jeder von ihnen Träger der e i n e n Mitgliedschaft würde und in der Verfügung über sie und der Ausübung der aus ihr entspringenden einzelnen Rechte an die notwendig einheitliche Willensbildung der Miterben gebunden wäre.

III.

Nach der heute herrschenden Meinung⁵⁾, deren Wurzeln bereits in die Zeit der Geltung des ADHGB zurückreichen⁶⁾, kann eine Erbengemeinschaft aus Rechtsgründen nicht Mitglied einer OHG⁷⁾ sein. Zur Begründung wird angeführt, daß die Erbengemeinschaft nicht als geschlossene Einheit im Verkehr

2) Vgl. §§ 2040 Abs.1, 2038 Abs.1 BGB.

3) Vgl. § 2033 Abs.2 BGB. Ob ein solcher Anteil am einzelnen Nachlaßgegenstand besteht, kann hier unerörtert bleiben.

4) Vgl. §§ 1922 Abs.1, 2032 Abs.1 BGB.

5) Vgl. RGZ Bd.16 S.40; RG JW 1912 S.475; RG DR 1943 S.1224 Nr.5 und 1228 Nr.6; KG JW 1935 S.1794; KG DR 1942 S.731; KGJ Bd.37 S.146; KGJ Bd.49 S.268; BGHZ Bd.22 S.186; KG DNotZ 1955 S.418; (a.M. für die Nachfolge in die Kommanditistenstellung: RGZ Bd.123 S.366; KG OLGE Bd.27 S.337); Düringer-Hachenburg § 139 Anm.15; Staub § 139 Anm.14; Weipert § 139 Anm.25; Schlegelberger § 139 Anm.25; Staudinger-Boehmer § 1922 Anm.162; Wieland S.689; Hueck, OHG S.265; Kipp-Coing S.390; Siebert, Gesellschaftsvertrag S.21; Patzschke, ZHR Bd.113 S.7; Küster, DNotZ 1956 S.467; Riesenfeld S.241; Tiedau, MDR 1957 S.641; Wolf, NJW 1954 S.1549;

a.M. Buchwald, AcP Bd.154 S.25 Anm.10 und JR 1955 S.174; Scholz, JR 1955 S.332. Liebisch, ZHR Bd.116 S.135 läßt die Tauglichkeit der Erbengemeinschaft dahingestellt.

6) Vgl. RGZ Bd.16 S.40 zu Art.123 Ziff.2 ADHGB.

7) Ein Gleiches wird für die Beerbung des Komplementärs und sogar des Kommanditisten angenommen.
Vgl. RG DR 1943 S.1228 Nr.6 unter Aufgabe von RGZ Bd.123 S.366.

auftreten und für ihre Mitglieder keine unbeschränkte Haftung übernehmen könne⁸⁾. Diese Fähigkeiten seien aber unerläßliche Voraussetzung für die Rechtsstellung als Gesellschafter.

Die festgestellte Kollision der beiden Rechtsgebiete könne aber nicht zum Scheitern der vom Gesetzgeber zugelassenen Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben führen. Es müsse also nach einem Ausweg gesucht werden, welcher abweichend von § 2032 Abs.1 BGB die unverbundene Nachfolge in die Mitgliedschaft zulasse und begründe. Notfalls müsse der Richter, wenn eine Kollisionslücke bestehen sollte, diese im Wege der Ergänzung ausfüllen⁹⁾.

§ 8. Der Streitstand zur Lösung des Kollisionsproblems bei der Nachfolge mehrerer Erben.

I.

1. Lehre und Rechtsprechung stimmen, von Einzelmeinungen abgesehen¹⁾, darin überein, daß die Kollision zugunsten des Gesellschaftsrechts in der Weise zu entscheiden sei, daß jeder nachfolgeberechtigte Miterbe unmittelbar mit dem Erbfall eine selbständige, in ihrem personenrechtlichen Teil der des Erblassers entsprechende Mitgliedschaft erhalte mit einem im Verhältnis der einzelnen Erbquoten geteilten Kapitalanteil²⁾.

2. Die selbständige Nachfolge der einzelnen Erben wird als "Sondernachfolge" oder "Sondererbfolge"³⁾ bezeichnet, hat aber mit der Sondernachfolge, wie sie sonst im Bereich des Erbrechts verstanden wird, keine rechtliche Verwandtschaft. Kennzeichen der erbrechtlichen Sondernachfolge

8) Vgl. statt vieler Hueck, OHG S.17 und 265.

9) Vgl. G. und D. Reinicke, NJW 1957 S.561; wegen des Begriffes der Kollisionslücke vergleiche Heck, AcP Bd.112 S.169.

1) Vgl. Buchwald, AcP Bd.154 S.25 Anm.10; Scholz, JR 1955 S.332.

2) Vgl. § 7 III Anm.5 S.30 oben.

3) Vgl. BGHZ Bd.22 S.192; Siebert, Gesellschaftsvertrag S.24.

ge - klarer ist es, von Sondererbfolge zu sprechen - ist die Durchbrechung des Grundsatzes, daß a l l e Erben in a l l e Gegenstände des vererblichen Vermögens nachfolgen⁴⁾. Sondererbfolge ist die echte Erbfolge eines oder mehrerer Sondererben in e i n z e l n e Nachlaßgegenstände⁵⁾, während sich der übrige Nachlaß als Ganzes auf einen Erbenkreis, dem der Sondererbe nicht notwendig angehören muß, nach allgemeinem Erbrecht vererbt. Das vererbliche Vermögen wird also gespalten und geht erbrechtlich verschiedene Wege, d.h. es fällt mit unmittelbar dinglicher Wirkung verschiedenen Rechtsträgern zu, von denen jeder echter Erbe ist⁶⁾. Im Unterschied dazu geht bei der Einzelnachfolge mehrerer Erben in die Mitgliedschaft des Gesellschafters, wie sie die herrschende Lehre annimmt, das ganze Vermögen des Erblassers auf den gleichen Personenkreis über. Ihr Kennzeichen ist also nur die Aufgabe des Gesamthandsprinzips für einen bestimmten Nachlaßgegenstand. Es fehlt ihr gerade das Merkmal der echten Sondererbfolge, nämlich die Aufspaltung des vererblichen Vermögens auf verschiedene Erbenkreise⁷⁾.

Um nicht Gefahr zu laufen, die Begriffe zu entwerten, empfiehlt es sich deshalb, anstatt von Sondernachfolge von E i n z e l n a c h f o l g e der Erben zu sprechen, weil durch diesen Begriff klarer auf die rechtliche Erscheinung der unverbundenen Nachfolge mehrerer Miterben entgegen §2032 Abs.1 BGB hingewiesen wird.

3. Neben der Ausschaltung des gesamthänderischen Rechtserwerbs bei der Nachfolge in die Rechtsstellung als Gesellschafter bringt die Auffassung der herrschenden Meinung eine zweite rechtliche Besonderheit, die freilich aus der unverbundenen Nachfolge zwingend folgt und ihre Wurzeln

4) Vgl. § 1922 Abs.1 BGB.

5) Vgl. die Wirtschaftseinheiten "Hof" und "Heimstätte" oder den Grundsatz des germanischen Erbrechts: "Paterna paternis, materna maternis".

6) Vgl. Kipp-Coing, S.559.

7) Dies verkennt Siebert, Gesellschaftsvertrag S.24 und NJW 1955 S.811, wenn er die Ausschaltung der Gesamthand als Sondererbfolge bezeichnet und daraus für den Fall der Nachfolgeberechtigung nur eines von mehreren Miterben weitgehende Konsequenzen ableitet.

nicht im Erbrecht, sondern in der Eigenart des Mitgliedschaftsrechtes hat. Die vererbliche Mitgliedschaft erfährt eine quantitative Änderung ihres personenrechtlichen Teils. Während die im Kapitalanteil zum Ausdruck kommende Vermögensbeteiligung nach den Erbquoten aufgeteilt werden kann, ist eine Teilung des inneren Kernes der Mitgliedschaft und der Verwaltungsrechte begrifflich nicht möglich. Es gibt keinen Bruchteil der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht oder eines Widerspruchs- und Kontrollrechts⁸⁾. Die personenrechtliche Seite der Mitgliedschaft vervielfältigt sich also entsprechend der Anzahl der vorhandenen Erben. Wenn für diese merkwürdige Erscheinung keine außererbrechtliche Erklärung gefunden werden kann, erfülle der grundlegende Satz, daß niemand mehr Rechte übertragen (und damit auch vererben) kann, als er selbst besitzt, eine ungewöhnliche Ausnahme.

4. Das mag an dieser Stelle unerörtert bleiben. Es galt lediglich das herrschend gefundene Ergebnis in seiner rechtlichen Gestalt zu erfassen, um es bei den folgenden Erörterungen stets gegenwärtig zu haben.

Kurz zusammengefaßt soll es noch einmal dargestellt werden.

Zur Lösung des Kollisionsproblems hat die herrschende Meinung die selbständige Nachfolge der Miterben (Einzelnachfolge) in die "geteilte" Mitgliedschaft als notwendig erkannt. Damit ist für die Mitgliedschaft das bürgerlich-rechtliche Prinzip des gesamthänderischen Rechtserwerbs beim Erbfall aufgegeben. Aus der unverbundenen Nachfolge der Erben, bedingt durch die besondere Natur des vererbten Rechtsverhältnisses, folgt eine Vervielfältigung der Mitgliedschaft in ihrem personenrechtlichen Teil.

Mit dem Begriff der "Einzelnachfolge" ist das geforderte Ergebnis nur beschrieben, aber noch nicht begründet.

8) Beim Stimmrecht wäre dies immerhin denkbar. Außerdem ist in der Mehrzahl der Gesellschaftsverträge das Stimmrecht auf der Grundlage der kapitalistischen Beteiligung ausgebildet.

II.

1. Besteht auch darüber Einigkeit, daß aus gesellschaftsrechtlichen Gründen mehrere Erben nur einzeln in die geteilte Mitgliedschaft nachfolgen können, so bestehen doch in der Begründung des gemeinsamen Ergebnisses erhebliche Unterschiede. So herrscht Unklarheit schon in den Grundfragen, ob tatsächlich eine echte Kollisionslücke vorliegt oder aber, ob die gefundene Lösung auf eine Norm des positiven Rechts gestützt werden kann, die als *lex specialis* die Bestimmungen des Erbrechts verdrängt⁹⁾. In der überwiegenden Mehrheit der Belegstellen¹⁰⁾, in denen Wissenschaft und Rechtsprechung die Frage behandeln, wird die Einzelnachfolge aus der Untauglichkeit der gesamthänderischen Erbengemeinschaft als Gesellschafterin einer OHG und der Bestimmung des § 139 HGB hergeleitet, wobei bisweilen der Eindruck entstehen kann, daß die Untauglichkeit der Erbengemeinschaft zugleich als Rechtsgrundlage der Einzelnachfolge angesehen wird.

Aus der angenommenen Untauglichkeit der gesamthänderisch gestalteten Erbenmehrheit für den Erwerb der Mitgliedschaft entsteht aber nur die Kollision, nicht dagegen folgt hieraus zugleich ihre Lösung und Begründung.

Bei der Berufung auf § 139 HGB fehlt meist eine Stellungnahme darüber, ob diese Bestimmung die Einzelnachfolge rechtlich begründet oder voraussetzt oder erst bedingt.

§ 9. Die These der Nichtzugehörigkeit der Mitgliedschaft zum Nachlaß.

I.

1. Gerade weil in den Grundfragen noch wenig Klarheit gewonnen ist, kommt es zu Begründungen, die im ersten Augenblick den Glanz des dogmatischen "Wundermittels" besitzen,

9) Vgl. Zunft, NJW 1957 S.1130; Kipp-Coing, S.390.

10) Vgl. § 7 III Anm.5 S.30 oben.

mit denen die Kollision zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht, wo immer sie auftaucht, gelöst zu sein scheint, die sich aber in der kritischen Analyse als nicht haltbar erweisen. Die wichtigste These, welche in sich die Gefahrmannigfacher Mißverständnisse und rechtlicher Fehlschlüsse birgt, ist die in verschiedenen Spielarten vorkommende Auffassung, nach welcher die Mitgliedschaft wegen ihrer Eigenart¹⁾ "nicht in den Nachlaß fällt"²⁾.

Wenn die Mitgliedschaft nicht in den Nachlaß fällt, so lautet die Argumentation, finden die auf den Nachlaß bezüglichen Normen des Erbrechts grundsätzlich keine Anwendung³⁾.

2. Aber auch innerhalb der Auffassung von der Nichtzugehörigkeit der Mitgliedschaft zum Nachlaß bestehen Unterschiede bezüglich des Umfanges ihrer Geltung. Während die Mitgliedschaft von einem Teil hinsichtlich all ihrer Be-

1) Die Vorstellung, daß die Mitgliedschaft wegen ihrer Eigenart eine generelle Sonderbehandlung erfahren müsse, liegt auch einer Entscheidung des Reichsgerichts zugrunde. In ihr wird die Mitgliedschaft als "gesellschaftsrechtliches Zweckvermögen" beschrieben (RGZ Bd. 145 S.289, 295) und daraus ihre erbrechtliche Sonderstellung abgeleitet. Ihren extremen Ausdruck findet die Auffassung von der rechtlichen Sonderstellung der Mitgliedschaft in RGZ Bd.170 S.392(394): "Die Rechtsstellung, die der Erbe mit dem Eintritt in die offene Handelsgesellschaft erwirbt, beruht zwar auf der Erbfolge; ihr Inhalt bestimmt sich aber nicht nach den Grundsätzen des Erbrechts, sondern sowohl im Innen- und Außenverhältnis als auch personen- und vermögensrechtlich ausschließlich nach Gesellschaftsrecht".

2) Vgl. Düringer-Hachenburg, § 139 Anm.15,22; Baumbach-Duden, § 177 Anm.1B; Hueck, OHG S.266 Anm.20; (Hueck laßt in der Anmerkung zum Beschluß des LG Bremen in NJW 1954 S.477 die Nachlaßzugehörigkeit dahingestellt); Liebisch, ZHR Bd.116 S.137; RG DNotZ 1936 S.209 Nr.14; RG DR 1943 S.1229.

Gegen diese Ansicht wenden sich: Siebert, Gesellschaftsvertrag S.20 Anm.29; derselbe in "Festschrift für Hueck", S.325,326 mit Anm.13,14; Wolf, NJW 1954 S.1549; Weiler, DNotZ 1952 S.287; Michaelis, ZAkDR 1943 S.233; LG Bremen, NJW 1954 S.477.

3) Damit wäre nicht nur der gesamthänderische Erwerb ausgeschaltet, sondern auch alle anderen Kollisionsprobleme, die z.B. bei der Frage der Haftung, der Vor- und Nacherbschaft oder Testamentsvollstreckung auftreten, gelöst.

standteile aus dem Nachlaß ausgeklammert wird⁴⁾, nimmt der überwiegende Teil eine Aufspaltung der Mitgliedschaft vor. Danach sollen sich die unübertragbaren Bestandteile der Mitgliedschaft außerhalb des Nachlasses vererben, die übertragbaren aber den Normen des Erbrechts über den Nachlaß unterliegen⁵⁾.

3. Vor einer näheren Prüfung der Richtigkeit der Auffassung ist es notwendig, die Behauptung, die Mitgliedschaft falle nicht in den Nachlaß, auf ihren Ausgangspunkt und rechtlichen Aussagewert zu untersuchen, um ein ergiebiges Feld für vorhandene und mögliche Mißverständnisse auszuschalten. Der Grund für die Mißverständnisse liegt insbesondere auf terminologischem Gebiet.

Nach dem BGB werden die Begriffe "Erbschaft" und "Nachlaß" nach einer grundsätzlich beachteten terminologischen Spielregel gebraucht, sind aber sachlich nicht in dem Sinne verschieden, daß sich an sie rechtlich verschiedene Vorstellungen und Folgerungen knüpfen ließen⁶⁾. Beide Begriffe bezeichnen gemeinsam die Summe aller im Erbwege übergegangenen Rechte und Pflichten und Können ohne Gefahr synonym verwendet werden⁷⁾.

4. Wenn daher von der Mitgliedschaft gesagt wird, sie falle nicht in den Nachlaß, so zwingt dies, von der sachlichen

4) Vgl. Liebisch, ZHR Bd.116 S.147; Weipert, § 139 Anm.25; Staub, § 139 Anm.14; RGZ Bd.170 S.392.

5) Vgl. Hueck, OHG S.266 Anm.20; Düringer-Hachenburg, § 139 Anm.15; Schlicht, NJW 1954 S.984, der zwischen "vermögensrechtlicher und herrschaftsrechtlicher Seite" der Beteiligung unterscheidet; KG JW 1935 S.1794; KG DR 1942 S.731. RG DR 1943 S.1228 Nr.6 hält die Trennung für möglich, laßt die Frage aber unentschieden.

6) Vgl. Motive V S.603,604: "Im Entwurf ist das Wort 'Nachlaß' verwendet, um die Gesamtheit der einzelnen Stücke oder Bestandteile des Vermögens des Erblassers (bona defuncti) sowohl der aktiven als der passiven, zu bezeichnen. 'Erbschaft' wird gebraucht von dem nachgelassenen Vermögen einer Person, wie dieses zugleich als mit einem bestimmten neuen Subjekte (Erbe), auf welches das Vermögen übergeht (Erbfolge), in Beziehung stehend bezeichnet werden soll." Vgl. auch Kipp-Coing, S.383.

7) Vgl. Staudinger-Boehmer, § 1922 Anm.76. Liebisch, ZHR Bd.116 S.138 wendet sich gegen "die jetzt übliche synonyme Verwendung der Begriffe 'Erbschaft' und 'Nachlaß'", gibt aber keine Begründung für die Berechtigung und rechtliche Bedeutung ihrer Unterscheidung.

Austauschbarkeit der Begriffe herkommend, zu der Vorstellung, daß die Mitgliedschaft dann auch nicht in das im Umfang gleiche Vermögen "Erbschaft" falle und damit nicht kraft Erbrechts erworben wird⁸⁾.

Die Vertreter der Auffassung von der Nichtzugehörigkeit der Mitgliedschaft zum Nachlaß halten aber an dem grundsätzlich einheitlichen Ausgangspunkt, daß sich der Übergang der Mitgliedschaft kraft Erbrechts vollzieht, fest⁹⁾.

5. Wenn man aber, soweit die Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft verneint wird, am erbrechtlichen Erwerb der gesellschaftlicher Beteiligung festhält, müßten die Begriffe "Nachlaß" und "Erbschaft" eine verschiedene rechtliche Bedeutung besitzen. Diese Unterscheidung wird in der Tat in der Weise getroffen, daß die "Erbschaft" als Summe aller vererbten Rechte und Pflichten verstanden wird, die sich nicht notwendig mit dem, "was in den Nachlaß fällt", zu decken braucht. Die Begriffe werden also "quantitativ" unterschieden. Während sich die Erbschaft im Umfange stets mit dem vererblichen Vermögen deckt, soll der Nachlaß einen potentiell engeren Raum innerhalb des vererbten Vermögens kennzeichnen¹⁰⁾.

6. Mit dieser begrifflichen Scheidung, die im Erbrecht keine Grundlage hat, eng verbunden, bildet die sprachliche Gestalt der These, daß die Mitgliedschaft nicht in den Nachlaß fällt oder außerhalb des Nachlasses erworben wird, die andere Wurzel rechtlicher Fehlschlüsse. Wenn davon die Rede ist, daß die Mitgliedschaft nicht in den Nachlaß fällt, so verführt das sprachliche Bild zu der Vorstellung, daß das gesamte Vermögen des Erblassers mit Ausnahme des

8) Man müßte dann an einen außererbrechtlichen Erwerb kraft Gesetzes nach dem Vorbild von RGZ Bd.16 S.40 ff oder kraft Rechtsgeschäftes unter Lebenden zugunsten eines Dritten mit Verfügungswirkung denken. Daß diese Folgerungen sich aufdrängen, beweisen die Ausführungen Sieberts, Festschrift S.325,326 und Gesellschaftsvertrag S.20 Anm.29. Vgl. auch Wolf, NJW 1954 S.1549 und Kipp-Coing, S.388.

9) Vgl. § 7 III Anm.5 S.30 oben.

10) Vgl. Liebisch, ZHR Bd.116 S.133,137,138, der in der oben geschilderten Weise unterscheidet, die behauptete quantitative Verschiedenheit der Begriffe "Erbschaft" und "Nachlaß" aber nicht begründet.

vererblichen Gesellschaftsanteils beim Erbfall in den schon vorgegebenen R a u m "Nachlaß" fällt. Die notwendige Konsequenz dieser Vorstellung ist die vollständige Ausklammerung der Mitgliedschaft aus allen Regeln, die an das Tatbestandsmerkmal "Nachlaß" eine bestimmte Rechtsfolge knüpfen¹¹⁾. Der Begriff "Nachlaß" kennzeichnet aber keinen vorgegebenen rechtlichen Raum. Er ist vielmehr die technische Bezeichnung des BGB¹²⁾ für die Gesamtheit der vererbten Rechtsbeziehungen und ist in dieser Bedeutung Tatbestandsteil in den verschiedensten Normen. Ein einzelner ererbter Gegenstand f ä l l t daher nicht "in den Nachlaß" oder wird "außerhalb" des Nachlasses erworben, sondern er gehört als T e i l der G e s a m t h e i t, die durch die Begriffe "Erbschaft" und "Nachlaß" gekennzeichnet wird, n o t w e n d i g zu ihr.

II.

Die Fragestellung kann also nicht lauten, ob die vererbliche Mitgliedschaft in den Nachlaß fällt oder nicht, sondern nur, inwieweit die Normen des BGB, die an den Nachlaß als Tatbestandsmerkmal anknüpfen, auf die Mitgliedschaft anwendbar sind. Diese Prüfung hat bei jedem einzelnen Tatbestand gesondert zu erfolgen. Es kann also nur gefragt werden, ob die in Betracht kommende Norm im Einzelfall wegen der Eigenart des Nachlaßgegenstandes "tauglich" oder "untauglich" ist und deshalb modifiziert oder aufgegeben werden muß. Damit lassen sich also nicht sämtliche Rechtsfolgen, die an das Tatbestandsmerkmal "Nachlaß" gebunden sind durch die Vorstellung, daß die Mitgliedschaft nicht in den Nachlaß fällt, von vorneherein ausschließen. Es ist vielmehr so, daß die M i t g l i e d s c h a f t als N a c h l a ß g e g e n s t a n d g r u n d s ä t z l i c h dem E r b r e c h t u n t e r l i e g t, im E i n z e l f a l l aber, sei es durch eine Norm des po-

11) So Liebisch, ZHR Bd.116 S.139, der aber im Widerspruch dazu die Mitgliedschaft in den Nachlaßkonkurs einbezieht (S.138).

12) Vgl. §§ 1975, 2032 Abs.1, 2205 BGB.

sitiven Rechts, durch Gewohnheitsrecht oder nach den Grundsätzen der Lückenausfüllung eine vom Erbrecht *a b w e i - c h e n d e B e h a n d l u n g* erfahren hat oder erfahren muß.

Dieses Ergebnis wird auch durch die praktische Überlegung gestützt, daß nicht von vorneherein aus dem *W e s e n* eines bestimmten Vermögensgegenstandes generell die Anwendung der auf den Nachlaß bezüglichen Normen bejaht oder verneint werden kann, da diese den verschiedensten rechtlichen Zwecken dienen. Es kann nur aus dem Zweck des einzelnen Rechtssatzes die richtige Lösung ermittelt werden, nicht aber von der formalen abstrakten Seite der Nachlaßzugehörigkeit her, da diese für sich genommen *k e i n e n m a t e r i e l l e n r e c h t l i c h e n G e h a l t*, sondern nur einen *O r d n u n g s w e r t* besitzt.

Die These, daß die Mitgliedschaft ganz oder teilweise nicht zum Nachlaß gehöre, die auf eine allgemeine Beseitigung aller möglichen Kollisionen zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht abzielt, ist daher bereits in ihrem Ausgangspunkt unrichtig.

III.

1. Eine Begründung für die Nichtzugehörigkeit der Mitgliedschaft zum Nachlaß wird überwiegend nicht gegeben. Lediglich Liebisch¹³⁾ versucht nachzuweisen, daß die Mitgliedschaft nicht den Nachlaßnormen unterliegt. Er läßt es dabei dahingestellt, ob die gesamthänderisch verbundenen Erben zur Nachfolge in die OHG tauglich sind, weil nach seiner Auffassung die Begründung der Einzelnachfolge aus der Untauglichkeit der Erbengemeinschaft von der falschen Seite aus unternommen sei¹⁴⁾.

2. Die Lösung könne nur von der Seite der Mitgliedschaft her gefunden werden. Diese sei ein komplexes Gebilde aus vermögensrechtlichen und personenrechtlichen Bestandteilen, die zu einer fest geschlossenen Einheit zusammengefügt seien. Kein Teil, auch der vermögensrechtliche nicht,

13) Liebisch, ZHR Bd.116 S.133 ff.

14) Liebisch, a.a.O., S. 135.

mit Ausnahme der selbständig übertragbaren Rechte des § 717 S.2 BGB, könne daraus rechtlich verselbständigt werden, ohne daß auch die Mitgliedschaft zerstört würde.

Die **E i n h e i t** der Beteiligung und ihre **B i n d u n g** an die Gesellschaft begründe für sie bereits zu Lebzeiten des Gesellschafters eine Sonderstellung innerhalb seines Gesamtvermögens. Die Mitgliedschaft sei **S o n d e r g u t** und hebe sich rechtlich vom sonstigen Vermögen des Gesellschafters ab. Der Erbfall finde diese rechtliche Sonderung vor und erzeuge insoweit keine andere Lage. Er zerstöre nicht die Einheit zwischen vermögensrechtlichen und personenrechtlichen Bestandteilen; der vermögensrechtliche Teil bleibe auch jetzt der Mitgliedschaft verhaftet. Die bei der Erbfolge fortdauernde Bindung der Mitgliedschaft an die Gesellschaft bewirke, daß das Sondergut Mitgliedschaft trotz seiner Vererblichkeit **n i c h t** zum Nachlaß gehöre¹⁵⁾.

Wo die Mitgliedschaft nicht als Vollstreckungsobjekt für die Nachlaßgläubiger in Frage kommt, habe ihre Sonderguts-eigenschaft die vollständige Ausklammerung aus dem Nachlaß zur Folge¹⁶⁾. Sie gehöre demnach nicht zu den Vermögenswerten, die "als Nachlaß" gemeinschaftliches Vermögen mehrerer Erben werden und der für die Erbengemeinschaft geltenden Regelung unterworfen sind. Aus diesem Grund sei die Wahrnehmung der vererbten Mitgliedschaft durch eine Erbengemeinschaft ausgeschlossen, so daß für dieses Sondergut nur die Möglichkeit der Nachfolge durch jeden einzelnen Erben in Person bestehe. § 139 HGB schaffe daher nicht die Grundlage für die Einzelnachfolge, sondern knüpfe nur an einen bereits vorhandenen Zustand an.

3. Liebischs Beweisführung geht in zwei Stufen vor sich:

a) Die Mitgliedschaft oder Beteiligung ist bereits zu Lebzeiten des Gesellschafters als Sondergut vom übrigen

15) Liebisch, a.a.O., S.179 wendet das von ihm gewonnene Ergebnis, daß die Mitgliedschaft wegen ihrer "Sondergutsnatur" nicht in den Nachlaß falle, folgerichtig auch dann an, wenn die durch den Tod des Gesellschafters aufgelöste OHG mit den Erben liquidiert wird. Auch dann finden nach seiner Meinung die Nachlaßregeln (so z.B. § 2032 Abs.1 BGB) keine Anwendung.

16) Liebisch, a.a.O., S.139.

Vermögen des Gesellschafters rechtlich abgehoben.

b) Die Sondergutseigenschaft der Mitgliedschaft, namentlich ihre Bindung an die Gesellschaft, führt beim Erbfall dazu, daß sie zwar durch das Erbrecht übertragen wird, aber nicht den Nachlaßregeln unterliegt.

Zu a): Der Gebrauch des Begriffes "Sondergut" oder "Sondervermögen" für die Gesellschafterbeteiligung ist nur dann sinnvoll und zulässig, wenn sich mit ihm eine ganz bestimmte rechtliche Vorstellung verbindet, aus der sich bestimmte rechtliche Folgen ableiten lassen.

Unter "Sondergut" bzw. "Sondervermögen" wird eine Vermögensmasse verstanden, die im Interesse eines bestimmten Zwecks in gewissen Beziehungen vom übrigen Vermögen rechtlich verschieden behandelt wird¹⁷⁾.

Das Sondervermögen kommt in zwei Formen vor. In der einen Form stehen sich zwei Vermögensmassen eines Rechtssubjekts abgegrenzt und rechtlich verschieden ausgeformt gegenüber¹⁸⁾. In der anderen Form hebt sich das Sondervermögen als gemeinschaftliches Vermögen mehrerer Rechtssubjekte vom Eigenvermögen des einzelnen Mitgliedes der Rechtsgemeinschaft ab¹⁹⁾. In diesem Verhältnis stehen beispielsweise das Gesellschaftsvermögen der offenen Handelsgesellschaft und das Eigenvermögen des einzelnen Gesellschafters zueinander.

Liebisch aber zieht i n n e r h a l b des Eigenvermögens des Gesellschafters die Grenze zwischen dem "Sondergut" Mitgliedschaft und dem übrigen Vermögen. Allein die Tatsache, daß die Mitgliedschaft neben den vermögensrechtlichen auch personenrechtliche Bestandteile hat und daß sie als Einheit "an die Gesellschaft gebunden ist" rechtfertigt es nicht, die Mitgliedschaft als Sondergut zu qualifizieren. Gewiß ist sie eine wirtschaftliche und rechtliche Einheit von bestimmter Eigenart. Das führt aber nicht dazu, daß sie rechtlich vom übrigen Vermögen des Gesellschafters verschieden zu behandeln ist. So ist sie beispielsweise wie andere Vermögensgegenstände dem Zu-

17) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, I. Halbband S. 845, 846.

18) Hierzu zählt beispielsweise der Nachlaß des Vorerben im Verhältnis zum Eigenvermögen.

19) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, I. Halbband, S. 846.

griff der Gläubiger unterworfen. Auch kann daraus, daß sie als höchstpersönliches Rechtsverhältnis grundsätzlich unübertragbar ist, keine Sonderstellung im Vergleich zum übrigen Vermögen des Gesellschafters abgeleitet werden. Auch andere Vermögenswerte des Gesellschafters können höchstpersönlich sein, ohne deshalb als Sondervermögen oder Sondergut **r e c h t l i c h** außerhalb des übrigen Vermögens zu stehen.

Die von Liebisch angenommene Trennung von Mitgliedschaft und übrigen Eigenvermögen des Gesellschafters besteht daher nicht. Sie hat dementsprechend auch keinen rechtlichen Ausdruck gefunden. Das Vorhandensein eines Sondergutes wird aber erst dann erkennbar, wenn an einen bestimmten Vermögensgegenstand rechtliche Folgen geknüpft sind, die zur rechtlichen Trennung vom übrigen Vermögen führen²⁰⁾.

Zu b): Selbst wenn aber die Mitgliedschaft Sondergut wäre, würde daraus nicht folgen, daß sie sich im Erbfall "außerhalb des Nachlasses" vererbte. Es gibt keinen besonderen oder allgemeinen Rechtssatz, der für ein Sondergut diese Form der Vererbung festlegen würde. Die rechtliche Behandlung eines Sonderguts oder Sondervermögens kann nur der speziellen Regelung entnommen werden, die Sondergut oder Sondervermögen erfahren haben. Es gibt kein allgemeines "Sondergutsrecht", weshalb Liebisch aus der Feststellung, die Mitgliedschaft sei Sondergut, auch keine mit der Eigenschaft als Sondergut zwingend verbundene Rechtsfolge ableiten kann²¹⁾.

20) Vgl. z.B. § 1417 Abs.1 BGB: Trennung der Vermögensmassen Gesamtgut und Sondergut, mit der Rechtsfolge, daß jeder Ehegatte das Sondergut selbständig verwaltet. Vgl. dagegen § 1421 S.2 BGB.

21) Das Beispiel der ehelichen Gütergemeinschaft im Falle der Beendigung durch Tod (§ 1482 BGB) macht ersichtlich, daß der dem Gesellschaftersanteil vergleichbare Anteil am Gesamtgut grundsätzlich keine erbrechtliche Sonderbehandlung erfährt, sondern zum Nachlaß gehört und nach allgemeinem Erbrecht vererbt wird. Die erbrechtliche Nachfolge in den Anteil am Gesamtgut findet statt, obwohl die Gütergemeinschaft bis zur beendeten Auseinandersetzung über das Gesamtgut noch besteht und der Anteil daran noch an die Gütergemeinschaft gebunden ist. Wird die Gütergemeinschaft fort-

4. Die Begründung, die Liebisch für seine Behauptung, daß die Mitgliedschaft nicht in den Nachlaß falle, gibt, hält daher einer näheren Nachprüfung nicht stand.

Davon abgesehen gewinnt Liebisch für die Lösung der Kollisionsprobleme bei der Nachfolge in die Mitgliedschaft von Todes wegen nicht viel, da er (wie dies seine Auffassung beispielsweise zum Nachlaßkonkurs zeigt) bei jeder auf den Nachlaß bezüglichen Rechtsnorm zu prüfen hat, ob sie nicht doch Anwendung finden muß. Für diese Frage sei nämlich, wie er es selbst ausdrückt, "nicht die begriffliche Einordnung, sondern nur die Zweckbestimmung der Rechtssätze und Rechtsinstitute maßgebend"²²⁾.

Von der hier vertretenen Auffassung, daß die Mitgliedschaft grundsätzlich, weil im Erbganze erworben, dem gesamten Erbrecht unterliegt und die Frage nur lauten könne, inwieweit hiervon wegen der mitgliedschaftsrechtlichen Eigenart des Gegenstandes Ausnahmen zu machen sind, unterscheidet sich Liebischs Meinung nur im Ausgangspunkt, nicht aber in der Methode zur Lösung des Einzelfalles.

IV.

1. Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, daß es keine Möglichkeit gibt, die Mitgliedschaft wegen ihrer "Eigenart" g e n e r e l l aus den Nachlaßregeln auszuklammern, um damit u.a. zur Ausschaltung des Grundsatzes des gesamthänderischen Rechtserwerbes einer Erbenmehrheit zu gelangen.

2. Aber selbst dann, wenn man unterstellen würde, daß

gesetzt, d.h., wenn die Ehegatten - den die Fortsetzung mit den Erben beschließenden Gesellschaftern vergleichbar - die Fortsetzung mit den gemeinschaftlichen Abkömmlingen vereinbaren, bedurfte es einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung, um den Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgut (vergleichbar mit der Mitgliedschaft des Gesellschafters) dem "Nachlaß" zu entziehen (§ 1483 Abs.1 BGB). Für die einseitigen Abkömmlinge (den von der Fortsetzung ausgeschlossenen Miterben des Gesellschaftererben zu vergleichen) fällt der Anteil des Erblassers in Höhe ihres Erbrechts aber auch hier in den Nachlaß (§ 1483 Abs.2 BGB).

22) Vgl. Liebisch, a.a.O. Seite 138

die Nachlaßregeln des BGB keine Anwendung fänden, wäre die Einzelnachfolge in verselbständigte Mitgliedschaftsrechte noch nicht erklärt. Es kann dann nur davon ausgegangen werden, daß die Mitgliedschaft nicht gesamthänderisch erworben wird. Zu klären bleibt dann die Frage, in welcher Form Rechte und Verpflichtungen im allgemeinen durch mehrere Rechtssubjekte erworben werden. Rechte und Pflichten (so die Vermögensrechte der Mitgliedschaft), deren Inhalt teilbar ist, gehen nach selbständigen Bruchteilen geteilt auf mehrere Rechtssubjekte über²³⁾. Rechte, deren Inhalt nur beschränkt oder überhaupt nicht geteilt werden kann (so die Verwaltungsrechte der Mitgliedschaft), stünden mehreren Erben in Bruchteilsgemeinschaft zu²⁴⁾. Die Verwaltungsrechte aus der Mitgliedschaft könnten dann grundsätzlich nur gemeinschaftlich ausgeübt werden²⁵⁾.

Nach der Vorstellung der herrschenden Meinung erhält aber jeder Miterbe eine selbständige Mitgliedschaft mit selbständigen Verwaltungsrechten, in deren Ausübung er von der Mitwirkung der übrigen Miterben unabhängig ist. Dann aber kann nicht mehr von derivativem Rechtserwerb gesprochen werden, dessen Wesen darin besteht, daß das Recht ohne seine Identität zu ändern auf einen neuen Rechtsträger übergeht²⁶⁾. Die Vervielfältigung der Verwaltungsrechte des Gesellschafters kann deshalb nicht mit der Annahme, daß die Mitgliedschaft zwar im Erbwege erworben werde, aber nicht in den Nachlaß falle, erklärt und begründet werden.

3. Wenn daher ein gemeinschaftlicher Rechtserwerb aus gesellschaftsrechtlichen Gründen nicht möglich ist, muß nach anderen Lösungsmöglichkeiten Umschau gehalten werden, zunächst aber allein mit dem Ziel, die von der herrschenden Meinung angenommene Einzelnachfolge auf ihre rechtliche Notwendigkeit und dogmatische Grundlage hin zu untersuchen.

23) Vgl. Windscheid, S.237 mit Anm.7: " Ea quae in nominibus sunt non recipiunt divisionem, cum ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sint."

24) Vgl. Windscheid, S.237 und Motive V S.526.

25) Vgl. § 744 Abs.1 BGB.

26) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbband S.858.

§ 10. Die Kritik der Lehre von der Untauglichkeit der Erbengemeinschaft zur erbrechtlichen Nachfolge in die Mitgliedschaft eines offenen Handelsgesellschafters (1. Teil) .

I.

1. In den vorhergehenden zwei Paragraphen wurden die verschiedenen Versuche zur Lösung des erb-gesellschaftsrechtlichen Kollisionsproblems bei der Erbenmehrheit aufgezeigt. "Sondernachfolge"¹⁾, die Beteiligung als "gesellschaftsrechtliches Zweckvermögen"²⁾, das eine Sonderstellung der nachfolgeberechtigten Erben bewirkt, die Mitgliedschaft als "Sondergut"³⁾, das sich "außerhalb des Nachlasses vererbt", die allgemeine Vorstellung, daß die Mitgliedschaft ganz oder zum überwiegenden Teil "nicht in den Nachlaß fällt"⁴⁾ und § 139 HGB als lex specialis zu § 2032 Abs.1 BGB⁵⁾ bilden die wichtigsten Denkformen, mit deren Hilfe ein sachgerechtes, dogmatisch vertretbares Ergebnis gewonnen werden soll⁶⁾.

2. Fast allen Lösungsvorschlägen⁷⁾ liegt die gemeinsame Vorstellung zugrunde, daß die Erbengemeinschaft zur Nachfolge untauglich sei. Diese Behauptung, aus der die Kollision der Rechtsgebiete folgt, bedarf daher kritischer Prüfung.

II.

1. Die Untauglichkeit der Erbengemeinschaft als Gesell-

1) Vgl. BGHZ Bd.22, S.192.

2) Vgl. RGZ Bd.145, S.295.

3) Vgl. Liebisch, ZHR Bd.116 S.133 ff.

4) Vgl. statt vieler Düringer-Hachenburg, § 139 Anm.15,22.

5) Vgl. Zunft, NJW 1957 S.1130; Kipp-Coing, S.390.

6) Die Vielzahl der Meinungen, die sich in ihren Ergebnissen nicht immer decken, macht die noch bestehende Rechtsunsicherheit bei der erbrechtlichen Nachfolge in die Mitgliedschaft deutlich, welche die rechtsberatende Praxis so schwierig gestaltet.

7) Liebisch, ZHR Bd.116 S.135 läßt die Untauglichkeit der Erbengemeinschaft dahingestellt.

schafterin einer OHG wird einheitlich damit begründet, daß die Erbgemeinschaft als solche im Verkehr nicht als selbständige Einheit auftreten und für ihre Mitglieder keine unbeschränkte Haftung übernehmen könne. Gesellschafter könnten aber nur alle natürlichen und juristischen Personen sowie solche Personengesamtheiten⁸⁾ sein, die, ohne Rechtspersönlichkeit zu besitzen, fähig seien, im Verkehr als selbständige Einheit aufzutreten und eine selbständige Haftung zu übernehmen⁹⁾. Die Untauglichkeit wird mit dieser Begründung aus der gesamthänderischen Struktur und der speziellen Haftungsregelung der Erbgemeinschaft hergeleitet.

2. Es ist richtig, daß die Erbgemeinschaft "als solche" nicht als Einheit wie OHG und KG auftreten kann, bei denen der durch den Gesellschaftszweck und das Gesellschaftsvermögen geformte gesamthänderische Personenverband "als solcher" kraft positiver Rechtsvorschrift Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Eine dem vergleichbare Ausformung hat die Erbgemeinschaft nicht erfahren. Nicht sie, sondern die einzelnen Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit sind die Träger des ererbten Vermögens¹⁰⁾. Es gibt deshalb nach dem bürgerlichen Recht keine Erbgemeinschaft "als solche", weshalb die nicht rechtsfähige und auch nicht quasi-rechtsfähige Erbenmehrheit nicht Gesellschafter sein kann.

3. Wenn das Gesetz von Erbgemeinschaft spricht, so versteht es darunter die einzelnen rechtsfähigen Erben, die an dem Sondervermögen "Nachlaß" zur gesamten Hand berechtigt und durch den gemeinschaftlichen Verwaltungs-, Nutzungs- und Abwicklungszweck verbunden sind. Jeder einzelne Miterbe ist Träger jedes einzelnen Nachlaßgegenstandes, in der

8) Z.B. OHG und KG (bestr.); §§ 124 Abs.1; 161 Abs.2, 124 Abs.1 HGB; a.A. z.B. KGJ Bd.49 S.268.

9) Vgl. Hueck, OHG S.17,265.

10) Auch bei OHG und KG sind nur die einzelnen Gesellschafter Rechtsträger, da OHG und KG nicht juristische Personen sind. Der Unterschied liegt darin, daß der Gesetzgeber hier dem gemeinschaftlichen Sondervermögen der Gesellschafter eine weitgehende rechtliche Selbständigkeit (quasirechtsfähigkeit) verliehen hat.

Verfügung und Ausübung über die ungeteilten Rechte, aber durch die Mitberechtigung und notwendige Mitverwaltung der Miterben beschränkt.

4. Wie alle Gegenstände des nachgelassenen Vermögens würden mehrere Erben die Mitgliedschaft zur gesamten Hand erwerben. Grundsätzlich gibt es kein vererbliches Recht, das nicht mehreren Erben zustehen könnte, und zwar nach Inhalt und Umfang identisch mit seiner Gestalt vor dem Erbfall.

Der Bau der Erbengemeinschaft steht einem Auftreten der mehreren Erben im Rechtsverkehr nicht entgegen. Handelnd treten dabei die Erben als rechtsfähige Wirtschaftssubjekte auf mit der Besonderheit, daß sie sich im rechtsgeschäftlichen Willen notwendig ergänzen müssen. Die Gesamtverfügungsmacht und Gesamtverwaltung verbietet es den Erben daher nicht, im Verkehr Rechtshandlungen vorzunehmen, denen lediglich der Mangel der Schwerfälligkeit anhaftet.

5. Jeder Miterbe würde als Gesamthandsberechtigter und Gesamthandsverpflichteter (daneben aber auch als solidarisch haftender Schuldner)¹¹⁾ in die vertraglich begründete Gesellschafterstellung nachfolgen. Die damit verbundene Rechtsträgerschaft an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens erwürbe jeder Erbe, beschränkt durch die Mitberechtigung der Altgesellschafter und der übrigen Miterben¹²⁾. Die Geschäftsführungsbefugnis ginge auf alle Erben in der Weise über, daß sie dieses Recht nur gemeinschaftlich ausüben könnten¹³⁾. In gleicher Weise stünde den Erben die Befugnis, die Gesellschaft im Willen aktiv und passiv zu vertreten, nur gemeinschaftlich zu. Zu Akten der Geschäftsführung bedürfte jeder Miterbe der Zustimmung der übrigen; bei der Vertretung der OHG mußten die Erben im Willen übereinstimmen.

11) Vgl. §§ 2059 Abs. 2, 2058 BGB.

12) Das Vorhandensein einer gesamthänderischen Untergruppe im gesamthänderischen Vermögensverband käme praktisch wegen der grundsätzlichen Alleinvertretungsmacht der Gesellschafter kaum zum Tragen.

13) Vgl. § 2038 BGB: Die aus der ererbten Gesellschafterstellung entspringende Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht fallen in die Verwaltungsmacht im Sinne des Erbrechts.

6. Von einer Untauglichkeit im Sinne einer *r e c h t - l i c h e n U n m ö g l i c h k e i t* der Erbengemeinschaft zur Nachfolge in die Gesellschafterstellung wegen ihrer erbrechtlichen Ausgestaltung kann aber dann nicht mehr gesprochen werden, wenn die Miterben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit Träger der Gesellschafterrechte und Gesellschafterpflichten sein könnten.

III.

Die Feststellung, daß die Miterben rechtlich die vererbte Gesellschafterstellung in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit innehaben könnten, ohne gegen zwingendes Gesellschaftsrecht zu verstoßen, läßt sich noch durch zwei Vergleiche erhärten:

1. Der Gesellschaftsvertrag kann für alle Gesellschafter Gesamtgeschäftsführungsbefugnis und Gesamtvertretungsmacht vorsehen¹⁴⁾. Haben die Gesellschafter das Gesellschaftsverhältnis in dieser Weise geregelt, so sind sie in den wichtigsten Formen gesellschaftlicher Verwaltungstätigkeit rechtlich den in Erbengemeinschaft die Gesellschafterstellung fortsetzenden Miterben vergleichbar. Es zeigt sich also, daß es mit Wesen und Zweck der OHG vereinbar ist, wenn Geschäftsführung und Vertretung nur einheitlich allen Gesellschaftern oder einer Gruppe von Gesellschaftern zustehen. Es leuchtet ein, daß bei gesellschaftsvertraglich bestimmter Gesamtvertretungsmacht und Gesamtgeschäftsführungsbefugnis die OHG viel von ihrer wirtschaftlichen Beweglichkeit einbüßt, aber sie wird deshalb rechtlich genausowenig funktionsunfähig, wie wenn mehrere gesamthänderisch verbundene Miterben in die Gesellschafterstellung des Erblassers nachfolgen würden¹⁵⁾. Die Untauglichkeit der Erbengemeinschaft kann aber nicht auf *w i r t s c h a f t l i c h e*

14) Vgl. §§ 115 Abs.2; 125 Abs.2 S.1 HGB.

15) Davon zu unterscheiden ist, daß eine Erbengemeinschaft nicht an der Gründung einer OHG beteiligt sein oder in eine bestehende OHG eintreten kann. Der Gesamthandsverband besteht nur am Nachlaß; er kann nicht rechtsgeschäftlich auf Rechtsverhältnisse erstreckt werden, die mit dem Verwaltungs- und Abwicklungszweck in keinem Zusammenhang stehen.

Zweckmäßigkeitserwägungen gestützt werden. Die Schwerfälligkeit der gesamthänderischen Untergruppe wäre als Folgeerscheinung des einschneidenden Ereignisses des Todes eines Gesellschafters von den Gesellschaftern zugunsten des Fortbestandes der OHG in Kauf zu nehmen und im übrigen zeitlich durch die Auseinandersetzung begrenzt¹⁶⁾.

2. Durch den Tod eines Gesellschafters wird die OHG "aufgelöst", aber nicht beendet. Die Gesellschaft bleibt unter Wahrung ihrer Identität bestehen¹⁷⁾. Sie ändert nur kraft Gesetzes ihren Zweck, nicht aber ihr Wesen, wenn sie aus dem Stadium der Werbung in das der Liquidation tritt. Nach der herrschenden Meinung¹⁸⁾ nehmen mehrere Erben in Erbengemeinschaft an der Liquidation teil. Sie erwerben im Erbganze nicht nur die vermögensmäßige Seite der Beteiligung, sondern auch die verwaltungsrechtliche, soweit diese bei der Liquidation noch von Bedeutung ist¹⁹⁾. Der Gefahr der Schwerfälligkeit begegnet das Gesetz dadurch, daß es die Erben zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters, der für sie an der Liquidation teilnimmt, verpflichtet²⁰⁾.

Nachdem die OHG durch die Auflösung nicht ihr rechtliches Wesen verändert, ist es schwer einzusehen, warum im Falle der Liquidation die Erbengemeinschaft zur Nachfolge tauglich, im Falle der Fortsetzung nach § 139 HGB aus strukturellen Gründen zur Nachfolge untauglich sein soll. Beide Formen der Teilnahme unterscheiden sich nicht nach ihrer rechtlichen Qualität, sondern nur nach ihrer wirtschaftlichen Zielsetzung. Die einzige rein tatsächliche Schwierigkeit bei der Teilnahme der Erbengemeinschaft

16) Ohne Mitwirkung der Gesellschafter könnten die Erben die Mitgliedschaft des Erblassers nicht unter sich in Einzelmitgliedschaften aufteilen. Nach der Übertragung der gesellschaftlicher Beteiligung im Wege der Erbauseinandersetzung auf einen der Miterben hätte die Gesellschaft ihre Beweglichkeit wiedergewonnen.

17) Vgl. § 1 I Ziff. 1 S. 4 oben.

18) Vgl. Schlegelberger, § 146 Anm. 3; Hueck, OHG S. 220, 221; a. A. Liebsch, ZHR Bd. 116 S. 179.

19) Vgl. Hueck, OHG S. 220; RGZ Bd. 106 S. 65.

20) Vgl. § 146 Abs. 1 S. 2 HGB.

an der Liquidationsgesellschaft wurde durch § 146 Abs.1 S.2 HGB befriedigend gelöst und hätte für die Nachfolge in die werbende Gesellschaft bis zur Auseinandersetzung der Miterben ohne Gewaltsamkeit analog übernommen werden können²¹⁾.

3. Aus der S t r u k t u r der Erbengemeinschaft können daher keine durchschlagenden Bedenken gegen die Nachfolge der gesamthänderisch verbundenen Erben in die Mitgliedschaft des Erblassers hergeleitet werden.

§ 11. Die Kritik der Lehre von der Untauglichkeit der Erbengemeinschaft zur erbrechtlichen Nachfolge in die Mitgliedschaft eines offenen Handelsgesellschafters (2. Teil) .

I.

1. Das zweite klassische Argument, das gegen die Nachfolge der gesamthänderisch verbundenen Erben erhoben wird, betrifft die haftungsrechtliche Seite. Die Erbengemeinschaft könne für ihre Mitglieder keine selbständige unbeschränkte Haftung übernehmen.

Wie bereits festgestellt, gibt es keine Erbengemeinschaft "als solche", als etwas von den Erben, "ihren Mitgliedern", rechtlich Verschiedenes. Die Problemstellung hat deshalb richtig zu lauten: Steht die Haftung der gesamthänderisch verbundenen Erben nach dem BGB in Widerspruch zu zwingenden Normen des Gesellschaftsrechts?

2. Da das haftungsrechtliche Argument gegen den gesamthänderischen Erwerb der Miterben erhoben wird, kann die Regelung der Erbenhaftung nach dem BGB nur insoweit betroffen sein, als sie mit der gesamthänderischen Struktur der Erbenmehrheit unlöslich verknüpft ist. Positiv kann dies so ausgedrückt werden: Mit der Aufgabe des gesamthänderischen Erwerbes der Mitgliedschaft müßte die Haftungskollision zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht beseitigt sein, da anderenfalls keine Notwendigkeit besteht, den gesetzlichen

21) § 146 Abs.1 S.2 HGB modifiziert als lex specialis § 2038 BGB.

Grundsatz des gemeinschaftlichen Rechtserwerbs zu durchbrechen¹⁾.

3. Mit dieser Erkenntnis scheiden alle Haftungsprobleme aus der Erörterung aus, die in gleicher Weise beim Alleinerben auftreten und unabhängig von der rechtlichen Konstruktion des Erwerbsvorganges sind. Die allgemeinen Haftungsbeschränkungsmittel (Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkurs, Dürftigkeitseinrede; Gläubigerausschluß und Gläubigerverschweigung) stehen sowohl dem Alleinerben als auch der Erbenmehrheit zu mit nur geringfügigen formalen Unterschieden²⁾. Gleichfalls bedarf es keiner Erörterung jener Normen³⁾, welche die Haftung des einzelnen Miterben *n a c h* der Teilung des Nachlasses regeln, weil sie erst dann Anwendung finden, wenn das Gesamthandsvermögen ganz oder zum überwiegenden Teil in Einzelvermögen übergeführt ist, wenn also die Erbengemeinschaft nicht mehr besteht.

4. Typisch für die Haftung der Erbengemeinschaft ist allein die Haftungsbeschränkungsmöglichkeit des § 2059 Abs.1 BGB. Vor der Teilung des Nachlasses kann danach jeder Miterbe die Vollstreckung wegen einer Nachlaßverbindlichkeit in sein eigenes Vermögen abwenden⁴⁾. Die Möglichkeit der Vollstreckungsabwehr nach § 2059 Abs.1 BGB⁵⁾ wurde in der Tat als mit der Haftung des Gesellschafters unvereinbar angesehen⁶⁾ und, um sie auszuschließen, die Einzelnachfolge in die Mitgliedschaft als notwendig gefordert.

5. Mit der Einzelnachfolge der Miterben ist das Kollisionsproblem aber noch nicht gelöst. Auch wenn die Erben

1) Das Argument, daß die Erbengemeinschaft nicht im Rechtsverkehr auftreten könne, wurde im vorhergehenden Paragraphen entkräftet.

2) Z.B. § 2062 BGB: Die Anordnung der Nachlaßverwaltung kann nur von allen Erben gemeinschaftlich beantragt werden, während die Eröffnung des Nachlaßkonkurses jeder Erbe beantragen kann (§ 117 KO).

3) Vgl. §§ 2060, 2061 BGB.

4) Wegen des inneren Grundes dieser Haftungsbeschränkungsmöglichkeit vgl. Protokolle V S.871, 876.

5) Der Erbe haftet unbeschränkt und wird unbeschränkt verurteilt. Nur der Vorbehalt nach § 780 ZPO wird in das Urteil aufgenommen.

6) Vgl. KGJ Bd.49 S.113, 114.

einen Nachlaßgegenstand geteilt und selbständig erwerben, verlieren sie ihre Erbeneigenschaft nicht. Als Erben stehen ihnen die **a l l g e m e i n e n** Haftungsbeschränkungsmittel des BGB auch in diesem Falle grundsätzlich gegenüber allen Nachlaßverbindlichkeiten zur Verfügung. Die Rechtslage ist insoweit nicht anders, als wenn die Erben einen einzelnen Nachlaßgegenstand aus der gesamthänderischen Bindung in freies Einzelvermögen überführt hätten⁷⁾. Was das **b e s o n d e r e** Verweigerungsrecht des § 2059 Abs.1 BGB angeht, kommt es für seinen Fortfall auf das Tatbestandsmerkmal der Teilung an. Teilung ist erfolgt, wenn ein so erheblicher Teil der Nachlaßgegenstände aus der Gesamthand in Einzelvermögen der Miterben übergeführt ist, daß die Gemeinschaft als Ganzes aufgelöst erscheint⁸⁾. Dieser Grundsatz wäre entsprechend auf die vorweg geteilt erworbene Mitgliedschaft anzuwenden. Es hinge dann von der Größe des übrigen Nachlasses, also vom Einzelfall ab, ob der durch "Altgesellschaftsgläubiger"⁹⁾ in Anspruch genommene Miterbe nach dem bürgerlichen Erbrecht die Befriedigung aus seinem Eigenvermögen verweigern könnte. Damit wäre nicht einmal die allein für die Erbengemeinschaft typische haftungsrechtliche Kollision aus § 2059 Abs.1 BGB allgemein gelöst.

6. Aus dem Vorstehenden folgt einmal, daß durch die Annahme der Einzelnachfolge die allgemeine Haftungskollision, die beim Alleinerben in gleicher Weise besteht, nicht beseitigt werden kann. Deshalb kann auch aus haftungsrechtlichen Gründen die Untauglichkeit der Erbengemeinschaft zur Nachfolge nicht abgeleitet werden. Zum anderen kann auch das typische Haftungsbeschränkungsmittel des einzelnen Miterben vor der Auseinandersetzung durch die Konstruktion

7) Nachlaßverwaltung kann **v o r** Teilung (die Verteilung eines Nachlaßgegenstandes ist noch nicht Teilung), Nachlaßkonkurs **v o r** und **n a c h** Teilung der Erbschaft beantragt werden. Vgl. Kipp-Coing, S. 512.

8) Vgl. Kipp-Coing, S.515.

9) Damit sollen die Gesellschaftsgläubiger gekennzeichnet werden, deren Forderungen bereits im Zeitpunkt des Todes des Gesellschafters bestanden (Altschulden); denn nur bei ihnen kommt es zur Haftungskollision. Vgl. II Ziff.1 S.53 unten.

der Einzelnachfolge nicht allgemein beseitigt werden.

Die Wurzeln der sich widersprechenden Haftungsregelungen liegen nicht im Bau der Erbengemeinschaft, sondern in der Doppel-eigenschaft der Nachfolger als Erben und Gesellschafter, an welche das Gesetz einander widersprechende Rechtsfolgen (unbeschränkte - beschränkbare Erbenhaftung; unbeschränkte Gesellschafterhaftung) knüpft. Der Widerspruch wird aber nicht dadurch beseitigt, daß mehrere Erben einzeln die geteilte Mitgliedschaft erwerben; denn auch dann sind sie Erben und Gesellschafter. Weil aber das Recht der OHG zwingend die Beachtung seiner Haftungsgrundsätze erfordert, müssen die bürgerlich-rechtlichen Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten des Alleinerben und der Erbenmehrheit ausgeschlossen werden. Der Alleinerbe haftet dann für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten unbeschränkt¹⁰⁾, die Miterben unbeschränkt und solidarisch¹¹⁾, auch schon vor Teilung des Nachlasses. Der Ausschluß der Erbenhaftung des BGB, der mit Hilfe eines Umkehrschlusses § 139 Abs.4 HGB als Sondernorm entnommen werden kann, würde den Bestand der Erbengemeinschaft nicht in Frage stellen. Es besteht deshalb keine Notwendigkeit und bringt keinen rechtlichen Gewinn, den Grundsatz der gesamthänderischen Nachfolge wegen der Kollision der Haftungen nach Erbrecht und Gesellschaftsrecht für die Mitgliedschaft aufzugeben.

II.

1. Das Problem der kollidierenden Haftungsregelungen darf im übrigen in seiner Bedeutung nicht überschätzt werden. Nachlaßverbindlichkeiten, bei denen die erbrechtlichen Haftungsbeschränkungsmittel zum Zuge kommen, sind nur die Gesellschaftsschulden, die bereits im Zeitpunkt des Todes des Erblassers bestanden. Für alle später entstehenden Gesellschaftsschulden¹²⁾ haften die Erben unbeschränkt und unbeschränkbar¹³⁾. Es handelt sich hier um Verbindlichkei-

10) Vgl. § 1967 Abs.1 BGB.

11) Vgl. § 2058 BGB

12) Dies gilt nur dann, wenn der oder die Erben offene Handelsgesellschafter bleiben; die übrigen Fälle sind in § 139 Abs.4 HGB ausdrücklich geregelt.

13) Vgl. Liebisch, ZHR Bd.116 S.153.

ten der werbenden Gesellschaft, also um Geschäfte aller Gesamthänder einschließlich der Erben im Verfolg des Erwerbszweckes der OHG. Die Haftung des einzelnen Gesellschafters für diese Gesellschaftsverbindlichkeiten¹⁴⁾ entsteht originär und steht für die in der OHG verbleibenden Erben in keinem Zusammenhang mit der Verwaltung des Nachlasses zum Zwecke seiner Abwicklung¹⁵⁾. Sie ist Haftung aus einer "Eigenschuld" oder "Erbenschuld" der Miterben¹⁶⁾.

2. Die Kollision beschränkt sich deshalb auf die Altschulden der Gesellschaft¹⁷⁾ und es trifft nicht zu, wie das Reichsgericht unter der Geltung des ADHGB meinte, daß "bei Anwendung erbrechtlicher Grundsätze auf einen Fall, für welchen sie nicht gegeben seien" die Beerbung sämtlicher Gesellschafter durch beschränkt haftende Erben "schnurstracks zu dem Gegenteile einer offenen Handelsgesellschaft" führen müsse¹⁸⁾.

§ 12. Die Untauglichkeit der Erbengemeinschaft zur Nachfolge in die Mitgliedschaft des offenen Handelsgesellschafters aufgrund der Bestimmung des § 139 HGB.

I.

1. In den beiden vorhergehenden Paragraphen wurde nachgewiesen, daß die Erbengemeinschaft weder aus strukturellen noch aus haftungsrechtlichen Gründen zur vorübergehen-

14) Vgl. § 128 HGB.

15) Schon bei Erbschaftsverwaltungsschulden kann der Erbe nur durch Haftungsbeschränkungsvertrag die Haftung "beschränken"; eine gesetzliche Möglichkeit der Haftungsbeschränkung besteht nicht. Vgl. RGZ Bd.146 S.345.

16) Vgl. zur Erbenhaftung Bartholomeyczik, S.301 ff. Vgl. auch die Kommentierung zu § 27 HGB.

17) J.v.Gierke, Festgabe S.94 ff(112 ff) und ihm folgend Liebisch, ZHR Bd.116 S.154 ff und Staudinger-Boehmer, § 1922 Anm.162 verneinen auch hier eine Kollision, weil es mit dem Wesen der OHG vereinbar sei, wenn die Erben für die Altverbindlichkeiten nur auf den Nachlaß beschränkt haften. Dieser Gedanke verdient insofern Beachtung, als die Gläubiger der Altverbindlichkeiten durch den Tod des Gesellschafters keine Verschlechterung der Haftungsgrundlage erleiden, weil ihnen der Zugriff in sein Vermögen erhalten bleibt.

18) Vgl. RGZ Bd.16 S.58.

den Teilnahme an der OHG untauglich ist. Es wurde aufgezeigt, daß die haftungsrechtliche Kollision im wesentlichen in gleicher Weise beim Alleinerben besteht und durch die vorgeschlagene Einzelnachfolge nicht gelöst werden kann. Damit bestünde eigentlich keine Notwendigkeit, bei der Nachfolge mehrerer Erben in die Mitgliedschaft des Erblassers den erbrechtlichen Grundsatz des gesamthänderischen Rechtserwerbes aufzuheben.

2. Daß die Erbengemeinschaft dennoch zur Nachfolge untauglich ist, genauer gesagt, untauglich gemacht wurde, beruht unmittelbar auf der Bestimmung des § 139 HGB.

Mit ihr wollte der Gesetzgeber die von ihm erkannte Zwangslage des Erbengesellschafters nach dem alten Handelsgesetzbuch beseitigen. Der Erbe war, wenn der Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung mit ihm vorsah, vor die Entscheidung gestellt, entweder sich den Bindungen als offener Handelsgesellschafter zu unterwerfen und damit unter Umständen zu einer völlig anderen Lebensführung gezwungen zu sein¹⁾ oder aber die ganze Erbschaft auszuschlagen.

Der Gesetzgeber hatte bei der Suche nach einer besseren Regelung neben den Interessen des nachfolgeberechtigten Erben die der Gesellschafter am Fortbestand und an der möglichst ungeschmälerten Erhaltung des Gesellschaftskapitals zu berücksichtigen. Das Handelsgesetzbuch hat die Lösung in der Weise gefunden, daß es dem kraft Erbrechts unmittelbar offener Handelsgesellschafter gewordenen Erben einen befristeten Anspruch gegen die Altgesellschafter auf vertragliche Umwandlung seiner Rechtsstellung in die eines Kommanditisten gewährt. Schließen die Altgesellschafter, wozu sie nicht verpflichtet sind, den Umwandlungsvertrag mit dem Gesellschaftererben, so ist ihren Interessen am Fortbestand der Gesellschaft und an der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens ausreichend Rechnung getragen. Weigern sie sich, dem Erben die Kommanditistenstellung einzuräumen, so "verwirken" sie die Berücksichtigung ihrer Interessen an der Er-

1) Z.B. Aufgabe des bisherigen Berufes infolge der grundsätzlichen Tätigkeitspflicht als Gesellschafter; die Gefahren der unbeschränkten persönlichen Schuldenhaftung.

haltung des Gesellschaftskapitals und der Erbe kann fristlos sein Ausscheiden aus der unter den übrigen fortbestehenden²⁾ Gesellschaft erklären.

3. Damit hat der Erbe, welcher die Rechte aus § 139 HGB originär und außerhalb der Erbfolge erwirbt, die Möglichkeit, in jedem Fall die Änderung der ererbten Rechts- und Pflichtenstellung zu erzwingen, und zwar durch das Recht, den Abschluß eines Verfügungsvertrages über den Nachlaßgegenstand Mitgliedschaft zu verlangen oder vermittels des durch die Ablehnung der beantragten Kommanditistenstellung bedingten Verfügungsrechts, durch einseitige Austrittserklärung die Mitgliedschaft zu beenden und auszuscheiden.

Diese Rechte sind in § 139 HGB jedem einzelnen Erben eingeräumt. Jeder Erbe erwirbt sie unmittelbar kraft Gesetzes selbständig in seiner Person und ist in ihrer Ausübung vom Willen seiner Miterben unabhängig³⁾. Die Gewährung eines selbständigen wahlrechts für jeden Miterben in § 139 HGB ist der Niederschlag der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts im 16. Band⁴⁾, in der es den selbständigen Eintritt der Erben des Gesellschafters angenommen hatte. Dieses Ergebnis, obwohl auf wesentlich anderer Grundlage gefunden⁵⁾, hat der Gesetzgeber und mit ihm die Rechtssprechung

2) Vgl. Hueck, OHG S.274; Schlegelberger, § 139 Anm.51; Düringer-Hachenburg, § 139 Anm.26; Weipert, § 139 Anm.44; Ritter, § 139 Anm.5.

3) Vgl. Weipert, § 139 Anm.32.

4) Vgl. RGZ Bd.16 S.40 ff.

5) Das Reichsgericht hatte das Erbrecht als Erwerbsgrundlage für die Mitgliedschaft abgelehnt und demzufolge die Erörterung der Kollision zwischen "Benefizialerbenhaftung" und Gesellschafterhaftung als auf der "irrigen Anwendung erbrechtlicher Grundsätze beruhend" gegeißelt. Das Reichsgericht hatte sich daher mit der Erbenhaftung nur am Rande, mit den strukturellen Besonderheiten der Gesamthand überhaupt nicht befaßt. Das ist im gewissen Sinne verständlich, da es zur Zeit der Entscheidung (17.3.1886) kein reichseinheitliches Erbrecht gab, das Reichsgericht aber für das allgemein geltende Handelsrecht eine einheitliche Entscheidung treffen wollte. Bei der Abfassung des HGB von 1897 hatte sich nicht nur die Auffassung durchgesetzt, daß der Erwerb der Mitgliedschaft auf dem Erbrecht beruht, sondern es hatten sich auch durch die Schaffung eines reichseinheitlichen Erbrechts mit einer gesamthänderisch ausgebildeten Erben-gemeinschaft die rechtlichen Grundlagen wesentlich verändert.

übernommen⁶⁾, ohne es an den veränderten Auffassungen und Gegebenheiten auf seine Richtigkeit zu überprüfen. Rechtlich wäre es möglich gewesen, die Zwangslage der Erben durch ein gemeinschaftliches Wahlrecht ähnlicher Art zu vermeiden.

4. Die selbständigen Rechte aus § 139 HGB treten in Widerspruch zu der erbrechtlichen Ausformung der Erbengemeinschaft.

Würde den Erben die ungeteilte Mitgliedschaft ihres Erblassers zur gesamten Hand zustehen, so könnten sie Verfügungen über sie nach Erbrecht nur gemeinschaftlich vornehmen⁷⁾. Macht aber ein Miterbe seinen Anspruch auf Einräumung der Rechtsstellung eines Kommanditisten geltend, so würde er, wenn es zum Abschluß des Umwandlungsvertrages kommt, über einen gemeinschaftlichen Nachlaßgegenstand in Form der unmittelbaren inhaltlichen Änderung eines bestehenden Rechtsverhältnisses verfügen.

Würde der Antrag des Erben auf Umwandlung seiner Rechtsstellung abgelehnt und erklärte der Erbe daraufhin sein Ausscheiden aus der Gesellschaft, so läge gleichfalls eine nach dem Erbrecht unzulässige Verfügung über die Mitgliedschaft, hier in Form der Aufhebung eines bestehenden Rechtsverhältnisses vor⁸⁾.

Auch die nach § 2038 BGB notwendig gemeinschaftliche

6) Vgl. z.B. RG JW 1912 S.475; RG DR 1943 S.1228 Nr.6; KGJ Bd.49 S.109; KG JW 1935 S.1794.

7) Vgl. § 2040 Abs.1 BGB.

8) Vgl. Riesenfeld, S.240,241; Lehmann-Ring, § 139 Anm.8; Staub, § 139 Anm.7; Jönes, S.81; Moritz, S.13. Anderer Ansicht Hueck, OHG S.270 Anm.45: "Die Erklärung des Erben ist keine Verfügung über einen Nachlaßgegenstand, die die Miterben nur gemeinsam treffen könnten (§ 2040 BGB), sondern sie soll seine persönliche Rechtsstellung, vor allem seine persönliche Haftung regeln, ist also seine persönliche Angelegenheit." Die unmittelbare Umwandlung der Rechtsstellung als offener Handelsgesellschafter in die des Kommanditisten, welche die Haftung ändert und zum Fortfall der personenrechtlichen Bestandteile der Mitgliedschaft führt, kann genauso wie das Erlöschen der Mitgliedschaft durch die Erklärung des Ausscheidens nur als Verfügung qualifiziert werden, durch welche ein bestehendes Rechtsverhältnis eine unmittelbare inhaltliche Änderung erfährt bzw. durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung aufgehoben wird.

Verwaltung des Nachlasses würde scheitern, wenn die Erben kraft ihres Wahlrechts verschiedene Rechtsstellungen mit verschiedenen Befugnissen, Rechten und Pflichten innehätten. So könnte der Kommanditist gewordene Miterbe nicht gemeinschaftlich mit den offenen Handelsgesellschafter gebliebenen Erben die Geschäftsführung als gemeinschaftliches Nachlaßrecht ausüben.

5. Man könnte freilich §§ 2040, 2038 BGB insoweit durch § 139 HGB als Sonderregelung verdrängt ansehen, vermöchte aber trotzdem nicht, die selbständigen Verfügungsrechte mit einer gemeinschaftlichen Mitgliedschaft in sinnvolle Verbindung zu bringen.

Würde ein Erbe aufgrund seines selbständigen Rechtes die Einräumung der Rechtsstellung als Kommanditist fordern, so wären die Altgesellschafter, auch wenn sie dem Antrag entsprechen wollten, nicht in der Lage, die gemeinschaftliche Mitgliedschaft ohne Mitwirkung der übrigen Erben von sich aus aufzuteilen und umzuwandeln. Andererseits ist es rechtlich und logisch unmöglich, daß ein gemeinschaftliches Rechtsverhältnis ohne Teilung zur gleichen Zeit für einen Miterben Mitgliedschaft an der OHG, für einen anderen Kommanditbeteiligung und für einen Dritten erloschen ist.

6. Die Ausübung der Rechte aus § 139 HGB würde daher scheitern, wenn die ungeteilte Mitgliedschaft auf die Erben zur gesamten Hand überginge. § 139 HGB kann demnach nur Anwendung finden, wenn jeder Erbe unmittelbar mit dem Erbfall eine selbständige, eigene Mitgliedschaft erworben hat⁹⁾. Die Gesamthand ist eine im Hinblick auf § 139 HGB untaugliche Rechtsform.

Damit hat der Gesetzgeber in § 139 HGB die anfechtbare Auffassung des Reichsgerichts sanktioniert und die

9) Vgl. Riesenfeld, S. 241, der aufzeigt, daß ein unterschiedliches Vorgehen nach § 139 HGB undenkbar wäre, wenn den Erben die Mitgliedschaft in gesamthänderischer Verbundenheit zustünde. Die Mitgliedschaft müsse deshalb eine Sonderstellung innerhalb des Nachlasses einnehmen, die sich vor allem darin äußere, daß sie unter den Erben "als geteilt" zu gelten habe.

Untauglichkeit der Erbengemeinschaft begründet¹⁰⁾. Die Nachfolge mehrerer Erben kann sich nunmehr sinnvoll nur als Einzelnachfolge in die geteilte Mitgliedschaft vollziehen und führt so notwendig, der Zahl der Erben entsprechend, zur V e r v i e l f ä l t i g u n g der "vererbten" Gesellschafterstellung in ihrem p e r s o n e n r e c h t l i c h e n T e i l .

II.

1. Bevor die konstruktive Begründung der nun im Ergebnis übereinstimmend mit der herrschenden Meinung als notwendig erkannten Einzelnachfolge in die geteilte Mitgliedschaft versucht wird, soll rückschauend eine Erklärung dafür gegeben werden, warum die bisherigen Untersuchungen mit einer gewissen Hartnäckigkeit gegen die Lehre von der Untauglichkeit der Erbengemeinschaft und die von ihr geforderte Einzelnachfolge gerichtet waren.

Neben der Überzeugung, daß gerade die kritische Beleuchtung der "Untauglichkeitslehre" zur Klarheit in der Fragestellung und strengen Unterscheidung der Probleme beitragen und damit letztlich mithelfen könne, die bei der Nachfolge in Personalgesellschaften von Todes wegen noch immer vorhandene Rechtsunsicherheit¹¹⁾ zu beseitigen, war vor allem bestimmend, aufzuzeigen, daß die tatsächliche Rechtsentwicklung rechtlich nicht notwendig war und sachlich nicht wünschenswert ist.

2. Von einer Fülle bis heute noch nicht befriedigend ge-

10) Ähnlich auch KG JW 1935 S.1794 : " Es mag dahingestellt bleiben, ob es schon mit dem Begriff der OHG (§ 105 HGB) unvereinbar ist, daß mehrere Miterben in Erbengemeinschaft die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters einnehmen. Jedenfalls ergibt sich aus der Sondervorschrift des § 139 HGB mit aller Deutlichkeit, daß eine solche Gestaltung der Rechtslage nicht im Sinne des Gesetzes liegt."

11) Es kennzeichnet die Situation des Problemkreises, wenn Tiedau, MDR 1957 S.641 schreibt: " Für die fast täglich mit der Abfassung von Gesellschaftsverträgen und Testamenten befaßte Praxis fragt es sich, inwieweit aus den bisherigen Veröffentlichungen gefestigte Folgerungen gezogen werden können ... " " ... ohne dogmatische Klärung wird man jedoch auch nicht zu einer gesicherten Rechtsprechung kommen. "

löster dogmatischer Probleme abgesehen, führt die Einzelnachfolge zu unerfreulichen wirtschaftlichen Konsequenzen in der Gesellschaft.

Aus der Aufgabe des Prinzips des gesamthänderischen Rechtserwerbs zugunsten der Einzelnachfolge folgt unvermeidlich die Vervielfältigung der Mitgliedschaft. An die Stelle des verstorbenen Gesellschafters treten seine Erben je als selbständige Gesellschafter mit Stimmrecht, Geschäftsführungsbefugnis, Vertretungsmacht und Kontrollrecht. Dadurch können sich die Gewichtsverhältnisse in der Gesellschaft wesentlich zuungunsten der Altgesellschafter verschieben.

Bei gleichbleibender kapitalistischer Beteiligung¹²⁾ erhalten die Erben durch Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht m i t t e l b a r, durch Stimm- und Widerspruchsrecht u n m i t t e l b a r einen Einfluß, der je nach ihrer Zahl weit über den ihres "Rechtsvorgängers"¹³⁾ hinausgeht. Besonders dann, wenn der Gesellschaftsvertrag Mehrheitsbeschlüsse vorsieht und die Mehrheit nach der Zahl der Gesellschafter berechnet wird¹⁴⁾, könnte eine vielleicht kapitalmäßige Minorität die Geschicke der Gesellschaft bestimmen¹⁵⁾.

Diese Bedenken können nicht mit der Überlegung zer-

12) Dies erkennt Siebert, NJW 1955 S.811 klar für den Fall der Teilnachfolge eines allein zur Fortsetzung zugelassenen Miterben, aber es gilt dies entsprechend für die Nachfolge aller Miterben.

13) Von "Rechtsvorgänger" zu sprechen ist eben aus diesem Grunde nicht mehr berechtigt, weil keine einfache Rechtsnachfolge stattfindet, sondern auf die Erben rechtlich und wirtschaftlich mehr "übergeht", als dem Erblasser zustand.

14) So gem. § 119 Abs.2 HGB im Zweifel.

15) Die nachteiligen Auswirkungen einer Vervielfältigung des Stimmrechts werden in der Praxis nicht häufig auftreten, da die Gesellschaftsverträge wohl überwiegend das Stimmrecht nach Kapitalanteilen regeln. Immerhin rechtfertigen die Gesellschaften, bei denen das Stimmrecht nach Köpfen oder nach Köpfen und Kapitalanteilen zugleich geregelt ist, die grundsätzlichen Bedenken gegen die Vervielfältigung der Mitgliedschaft. Vgl. zum Stimmrecht und zur Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen Hueck, Gesellschaftsrecht S.66.

streut werden, daß im Regelfall jedem Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Größe seiner Vermögensbeteiligung alle Gesellschafterrechte zustehen¹⁶⁾; denn diese Regelung ist nur vernünftig bei Gründung der Gesellschaft. Hier können die vertragsschließenden Gesellschafter die Vermögensverhältnisse klar übersehen und werden es in aller Regel nur dann bei den Normen des HGB belassen, wenn die Unterschiede in der kapitalistischen Beteiligung nicht erheblich sind. Dieselbe Gestaltungsfreiheit besteht auch bei der Neuaufnahme von Gesellschaftern in die bestehende OHG. Sie ist aber nicht mehr gegeben, wenn die Vervielfältigung der Mitgliedschaft als automatische Folge der Beerbung durch mehrere Erben eintritt und das personelle und wirtschaftliche Gleichgewicht in nicht vorhersehbarer Weise empfindlich stört¹⁷⁾¹⁸⁾.

3. Es sind also in erster Linie praktische und wirtschaftliche Bedenken, die gegen die Einzelnachfolge erhoben werden und die auch nicht dadurch ausgeräumt werden

16) Vgl. §§ 114 Abs.1, 115 Abs.1, 119 Abs.1, 125 Abs.1 HGB.

17) Deutlich wird die wirtschaftliche Verschiebung auch bei der Berechnung des Gewinnes und Verlustes nach § 121 HGB (gesetzlicher Normalfall).
Beispiel: Der Gesellschafter A einer OHG, bestehend aus A, B und C mit gleichen Kapitalanteilen von je 120.000.-- DM stirbt und wird von seinen drei Söhnen beerbt, die zur Nachfolge zugelassen sind. Der Jahresgewinn beträgt 50.000.-- DM. B und C erhalten zunächst je 4.800.-- DM (4% vom Kapitalanteil), A₁, A₂, A₃ erhalten je 1.600.-- DM. Der Rest von 35.600.-- DM wird nach Köpfen verteilt. Jeder Gesellschafter erhält dann weitere 7.120.-- DM. Wäre nun die Mitgliedschaft des A nicht "verdreifacht", so würden B und C statt 7.120.-- DM je 11.866.67 DM, also um je 4.746.67 DM mehr erhalten. Umgekehrt sind die Erben beim Verlust benachteiligt, da dieser insgesamt auf die Gesellschafter nach Köpfen aufgeteilt wird.

18) De lege ferenda wäre deshalb die mehr kapitalistische Nachfolge als Kommanditist im Regelfall vorzuziehen. Vgl. J.v.Gierke, Handelsrecht S.224, der sich im selben Sinne äußert: "... Auch ist die Vervielfältigung der Teilhaberschaft bei mehreren Erben in der Weise, daß sie offene Handelsgesellschafter werden, für die anderen Gesellschafter, vor allem für das Unternehmen im Ganzen, nicht zweckmäßig. Es empfiehlt sich daher als Regel, den Erben die Stellung von Kommanditisten einzuräumen." Vgl. des weiteren Würdinger, S.136, 137 und Sudhoff, S.228.

können, daß man die Nachteile, die den Altgesellschaftern durch die Aufspaltung der vererbten Mitgliedschaft erwachsen können, als durch die Vervielfältigung der Arbeitskraft und Kreditgrundlage kompensiert ansieht¹⁹⁾.

4. Gezwungen durch die beschriebene Rechtsentwicklung hat die Praxis mit der qualifizierten Nachfolge einen Weg beschritten, der die wirtschaftlich unzumutbaren Folgen der Vervielfältigung der Mitgliedschaft ausschließen soll. Durch die beschränkte Vererblichkeit der Mitgliedschaft für nur einen von mehreren Miterben versuchen die Gesellschafter die gewichtsmäßige Kontinuität und zahlenmäßige Überschaubarkeit der OHG sicherzustellen. Die Nachteile dieses Auswegs, den die Rechtsprechung unter dem Eindruck des echten Bedürfnisses grundsätzlich anerkannt hat²⁰⁾, liegen nicht so sehr darin, daß er dogmatisch kaum lösbare Probleme aufwirft²¹⁾, sondern in den Gefahren einer gewissen einseitigen Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Interessen zuungunsten der Interessen der ausgeschlossenen Erben.

Diese Überlegungen rechtfertigen die Kritik, die an der Lehre von der Untauglichkeit der Erbengemeinschaft zur Nachfolge in die OHG und schließlich an der Einzelnachfolge geübt wurde, die zu nicht unbedenklichen Lebensergebnissen geführt haben. Für das geltende Recht ist jedoch durch § 139 HGB einer Rechtsfortbildung durch Rechtsprechung und Lehre in anderer als der bisherigen Richtung eine Grenze gezogen.

19) So Düringer-Hachenburg, § 139 Anm.15.

20) Vgl. OLG Kolmar, (1890) ZHR Bd.42 S.529; OLG Hamm, (1917) OLGE Bd.36 S.270; BGHZ Bd.22 S.193.

21) Vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag S.22 und BGHZ Bd.22 S.193.

§ 13. Die dogmatische Erklärung der Einzelnachfolge
in die geteilte Mitgliedschaft.

I.

Im vorhergehenden Paragraphen wurde festgestellt, daß § 139 HGB jedem nachfolgeberechtigten Miterben ein selbständiges, vom Verhalten seiner Miterben unabhängiges Wahlrecht einräumt. Der gemeinschaftliche Erwerb einer einheitlichen Mitgliedschaft wurde als mit diesem selbständigen Wahlrecht unvereinbar erkannt. Von den Rechten aus § 139 HGB kann der einzelne Miterbe daher nur sinnvoll Gebrauch machen, wenn er unmittelbar mit dem Erbfall in alleiniger Rechtszuständigkeit den seiner Erbquote entsprechenden "Teil" der Mitgliedschaft erwirbt. § 139 HGB s e t z t also die Einzelnachfolge in die geteilte Mitgliedschaft v o r a u s . Darüber besteht Einigkeit, während in der weiteren Frage, ob § 139 HGB zugleich Rechtsgrundlage der Einzelnachfolge ist, Streit herrscht¹⁾.

Siebert²⁾ erkennt an, daß die Einzelnachfolge eine sachgerechte Lösung bringt und die Interessen der Beteiligten nicht verletzt, übt aber daran Kritik, daß ein wesentliches Institut des Erbrechts, die gesamthänderische Miterbengemeinschaft, "ohne eine dogmatisch befriedigende Erklärung einfach beiseite geschoben würde".

II.

1. Wenn gegen § 139 HGB als Begründung der Einzelnachfolge eingewendet wird, daß die Vorschrift sie nur als "selbstverständlich voraussetze", nicht aber anordne und begründe, so wird das Fehlen eines Zwischengliedes bemängelt. Lautete § 139 HGB etwa

- a) Mehrere Erben erwerben selbständig die im Verhältnis ihrer Erbquoten geteilte Mitgliedschaft und
- b) Jeder Erbe hat das Recht, die Umwandlung seiner Rechtsstellung in die eines Kommanditisten zu verlangen,

1) Liebisch, ZHR Bd.116 S.134 führt aus, daß § 139 HGB die Einzelnachfolge nur voraussetzt, aber nicht begründet. Ebenso Siebert, NJW 1955 S.810 Anm.12.

2) Vgl. Siebert, NJW 1955 S.810 mit Anm.12.

so würde kein Zweifel mehr darüber bestehen, daß § 139 HGB zugleich die Rechtsgrundlage für den Einzeleintritt bildet. Der Gesetzgeber hätte dann in § 139 HGB a u s d r ü c k l i c h eine Sonderregelung gegenüber § 2032 Abs.1 BGB getroffen. Die Bestimmung des § 2032 Abs.1 BGB wäre dann für die Mitgliedschaft, ohne daß es insoweit ihrer ausdrücklichen Aufhebung bedurft hätte, nach dem Grundsatz, daß die engere Norm die allgemeine in ihrer Wirkung aufhebt, außer Kraft gesetzt worden³⁾. Die Kollision zwischen § 139 Abs.1 und 2 HGB und § 2032 Abs.1 BGB wäre dann vom Gesetzgeber unmißverständlich beseitigt worden und die Durchbrechung des gesamthänderischen Prinzips bei der Erbengemeinschaft hätte eine ausreichende, klare dogmatische Begründung gefunden.

2. Da die Einzelnachfolge aber nicht ausdrücklich in § 139 HGB angeordnet wurde, muß durch Auslegung ermittelt werden, ob sie der Gesetzgeber in dieser Bestimmung mittelbar geregelt hat.

Es steht fest, daß der Gesetzgeber eine Rechtsvorschrift geschaffen hat, welche die Einzelnachfolge voraussetzt. Damit hat sie der Gesetzgeber allein durch die Schaffung der Bestimmung als rechtens bejaht. „wenn Liebisch⁴⁾ gegen § 139 HGB als Grundlage der selbständigen Sukzession in die Mitgliedschaft einwendet, daß bereits vor Schaffung der Vorschrift die selbständige Nachfolge der Erben angenommen worden sei, so ist dem entgegenzuhalten, daß die Einzelnachfolge damals von unrichtigen Grundlagen abgeleitet worden war. Außerdem schließt dies nicht aus, daß der Gesetzgeber die "bereits ohne gesetzliche Grundlage gefundene Lösung" mit § 139 HGB gesetzlich untermauerte.

Es entspricht daher vernünftiger Auslegung, in § 139 HGB die Anordnung der Einzelnachfolge als logische Voraussetzung des selbständigen Wahlrechts als gesetzlich m i t g e r e g e l t anzusehen. Mit der Anordnung der Einzelnachfolge in § 139 HGB als Sondernorm ist zugleich § 2032 Abs.1 BGB außer Kraft gesetzt.

3) "Lex specialis derogat legi generali."

4) Vgl. Liebisch, ZHR Bd.116 S.134.

3. Das durch Auslegung gefundene Ergebnis, daß § 139 HGB als Sondernorm die Vorschriften des BGB über den gemeinschaftlichen Erwerb des gesamten Nachlasses in Bezug auf die Mitgliedschaft derogiert, ist auch weniger gekünstelt, als die eingangs dargestellte Gegenmeinung, die dem Gesetzgeber vorwirft, in § 139 HGB Rechte begründet zu haben, zu deren Ausübung er die Grundlage zu schaffen versäumt habe. Wenn der Gesetzgeber eine Rechtsnorm erkennbar auf dem Vorhandensein einer bestimmten rechtlichen Situation (Einzelnachfolge in die geteilte Mitgliedschaft) aufbaut, diese aber außerhalb der sie voraussetzenden Norm keine gesetzliche Regelung gefunden hat, so muß sie als durch die von ihr abhängige Norm mitgeschaffen angesehen werden. Die insoweit nur mittelbar zum Ausdruck gekommene gesetzgeberische Entscheidung bietet eine ausreichende Rechtsgrundlage, da anderenfalls die Anwendbarkeit der Rechtsnorm aus im Grunde nur formalistischen Erwägungen in Frage gestellt wäre. Der Gesetzgeber hat mit der Voraussetzung des Einzeleintritts diesen auch gewollt und geregelt⁵⁾.

4. Als Ergebnis wird nunmehr festgestellt:

Die Ausübung der kraft Gesetzes in der Person jedes nachfolgeberechtigten Miterben entstehenden Rechte aus § 139 HGB setzt den automatischen Erwerb einer selbständigen Mitgliedschaft voraus. Der Gesetzgeber hat in § 139 HGB die Einzelnachfolge der Miterben aber nicht nur vorausgesetzt, sondern auch angeordnet. Die Anordnung des selbständigen Rechtserwerbs durch jeden Miterben hebt als *lex specialis* die Vorschriften des BGB über den gesamthänderischen Vermögenserwerb von Todes wegen in Bezug auf die Mitgliedschaft auf.

Die Auffassung⁶⁾, daß § 139 HGB als Sondergesetz die Bestimmungen des Erbrechts über die Erbengemeinschaft verdrängt, vermag das einheitlich gefundene Ergebnis, daß mehrere Erben als selbständige Gesellschafter die Gesellschaft fortsetzen, dogmatisch einwandfrei zu begründen.

5) Eine Stütze für die hier vertretene Auffassung bietet das von Zunft, NJW 1957 S.1130 zu § 647 BGB angeführte Beispiel.

6) Diese Auffassung wird u.a. vertreten von Kipp-Coing S.390; Düringer-Hachenburg, §139 Anm.15; Zunft, NJW 1957 S.1130.

§ 14. Die "Vervielfältigung" der Mitgliedschaft als Folge der Einzelnachfolge der Miterben.

I.

1. Es wurde bereits verschiedentlich darauf hingewiesen, daß die Einzelnachfolge in die "geteilte" Mitgliedschaft notwendig deren Vervielfältigung zur Folge hat. Diese Rechtsfolge wird zwar in der Literatur ausdrücklich festgestellt¹⁾, aber nicht näher erklärt und in ihrer Bedeutung untersucht. Der Versuch, die Vervielfältigung zu erklären, zeigt auf, daß die in § 139 HGB bestimmte Einzelnachfolge zu nur schwer lösbaren rechtskonstruktiven Problemen führt.

Lehre und Rechtsprechung stimmen darin überein, daß die Mitgliedschaft durch die Nachfolgeklausel zu einem vererblichen Rechtsgut gestaltet wird und als solches im Erb g a n g gemäß § 1922 BGB auf den oder die Erben übergeht. Nach § 1922 BGB - wie in jedem Falle der Rechtsnachfolge oder - übertragung - gehen die einzelnen Rechte und Pflichten in der Art und dem Umfang auf die Erben über, wie sie dem Erblasser zustanden. Dieser rechtlichen Grundregel widerspricht es, wenn die einzelnen Miterben kraft erbrechtlicher Nachfolge je individuell Gesellschafter mit den daraus entspringenden Rechten werden, da der Erblasser nur e i n e vererbliche Mitgliedschaft innehatte. Als Rechtsnachfolge gem. § 1922 BGB kann diese Erscheinung daher nicht mehr befriedigend erklärt werden. Nur diejenigen Rechte, die in Geld ausgedrückt und an der Rechnungsgröße des Kapitalanteils ermittelt werden können²⁾, könnten gem. § 139 HGB unmittelbar im Verhältnis der Erbquoten geteilt erworben werden. Nach außen sichtbar würde die Teilung dieser Rechte durch die Aufteilung des buchmäßig ausgewiesenen Kapitalanteils des Erblassers auf einzelne Kapitalkonten der Erbengesellschafter.

1) Vgl. Düringer-Hachenburg, § 139 Anm.15; Schlegelberger, § 139 Anm. 25; G. u. D. Reinicke, NJW 1957 S.563.

2) So z.B. der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben und auf den Gewinn.

2. Von den vermögensrechtlichen Bestandteilen abgesehen ist es rechtlich unmöglich, das durch den Gesellschaftsvertrag begründete Rechtsverhältnis als Gesellschafter in rechtlich selbständige Teilrechtsverhältnisse zu zerlegen.

Ein Vergleich mit den entsprechenden Rechtsgeschäften unter Lebenden macht dies deutlich. Die Mitgliedschaft kann mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter als Ganzes unter gleichzeitigem Ausscheiden des verfügenden Gesellschafters auf einen neuen übertragen werden. Eine Veränderung der Mitgliedschaft tritt dadurch nicht ein; der neue Gesellschafter erwirbt die personenrechtlichen Bestandteile in gleichem Umfang, wie sie der ausgeschiedene besaß, kraft Gesamtnachfolge³⁾.

Der Übertragung des Gesellschaftsanteils unter Lebenden entspricht die Beerbung durch den Alleinerben, der Zustimmung der Gesellschafter zur Übertragung entspricht die Nachfolgeklausel, die Übertragung selbst wird durch das Erbrecht bewirkt.

Wird eine Mitgliedschaft unter Lebenden "geteilt", so ist dies eine Verbindung von Neuaufnahme eines Gesellschafters und Übertragung eines "Gesellschaftsanteils"⁴⁾. Übertragen wird aber nur ein Bruchteil der vermögensrechtlichen Stellung, während die Gesellschafterstellung im engeren Sinne und die daraus entspringenden Verwaltungsrechte als unteilbar beim Altgesellschafter verbleiben und für den eintretenden Gesellschafter neu begründet werden müssen⁵⁾.

Bei der Nachfolge mehrerer Erben ist dementsprechend auch nur eine echte Übertragung der vermögensrechtlichen Stellung kraft Erbrechts möglich. Eine Übertragung der übr-

3) Es ist heute herrschende Meinung, daß die Übertragung der Mitgliedschaft unter Lebenden unmittelbar durch Gesamtrechtsnachfolge erreicht wird. Vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag S.16; Hueck, OHG S.257; Düringer-Hachenburg, § 130 Anm.5; Schlegelberger, § 130 Anm.13; Weipert, § 130 Anm.4; BGH BB 1954 S.487.

4) Vgl. Hueck, OHG S.250.

5) Vgl. Hueck, OHG S.259.

gen Mitgliedschaft auf mehrere als selbständige Rechtsträger scheitert genauso wie bei dem vergleichbaren Geschäft unter Lebenden. Der Erwerb der selbständigen Gesellschafterstellung der einzelnen Miterben kann daher nur durch einen **a u ß e r e r b r e c h t l i c h e n E n t s t e h u n g s t a t b e s t a n d** erklärt werden. Kraft der Anordnung der Einzelnachfolge in § 139 HGB entsteht originär in der Person jedes Erben unmittelbar mit dem Erbfall die Rechtsstellung als offener Handelsgesellschafter⁶⁾. Die unteilbare Mitgliedschaft des Erblassers⁷⁾ bildet, in der Ausformung, die sie beim Ableben des Gesellschafters hatte, lediglich das **M o d e l l** für die neu entstehenden Rechtsstellungen der Erben. Hatte also der Erblasser nur Gesamtvertretungsmacht zusammen mit einem der Überlebenden Gesellschafter, so erwerben die Erbengesellschafter die Vertretungsmacht mit der gleichen Beschränkung⁸⁾.

II.

1. Die Einzelnachfolge in die "geteilte" Mitgliedschaft kann daher konstruktiv nur als **g e s e l l s c h a f t s - r e c h t l i c h - e r b r e c h t l i c h e r M i s c h - t a t b e s t a n d** erklärt werden. Während bei der Nachfolge des Alleinerben in ähnlicher Weise wie bei der Übertragung der gesamten Mitgliedsstellung unter Lebenden ein einheitlicher Übertragungstatbestand vorliegt, müssen bei der Nachfolge mehrerer Erben ein Entstehungs- und Übertragungstatbestand zusammenwirken, um den Erwerb selbständiger Mitgliedschaften zu bewirken.

Daraus können sich Unterschiede in der Behandlung der Nachfolge des Alleinerben zu der Nachfolge mehrerer Miterben ergeben, die nur dadurch ausgeräumt werden können, daß § 139 HGB als äußererbrechtlicher Entstehungstatbestand der "Teilmitgliedschaften" wegen ihrer unmittelbaren Verflechtung

6) Damit ist für die Nachfolge der Erbenmehrheit mit anderer Begründung eine Annäherung an die Auffassung des Reichsgerichts im 16. Band vollzogen.

7) Sie könnte nur auf einen Miterben übergehen. Aber auf welchen?

8) Wegen der Einzelheiten vgl. § 6 II Ziff. 4 S. 25 oben.

tung mit der vererblichen "Muttermitgliedschaft" bewußt nicht als solcher berücksichtigt wird⁹⁾.

2. Gegen das hier gefundene Ergebnis kann auch nicht eingewendet werden, daß es ein und denselben Lebensvorgang rechtlich unterschiedlich behandle und deshalb falsch sein müsse. Der gleiche Lebensvorgang, Erbfolge in das Vermögen des Erblassers, läge ja nur dann vor, wenn das Vermögen wirklich identisch auf Alleinerben oder Erbenmehrheit überginge. Dies ist aber bei der Vervielfältigung **e i - n e r M i t g l i e d s c h a f t** in beliebig **v i e l e** nicht der Fall.

§ 15. Das rechtliche Schicksal der übertragbaren Bestandteile der Mitgliedschaft bei der Einzelnachfolge mehrerer Erben:

I.

1. Die rechtliche Selbständigkeit der übertragbaren Vermögensrechte¹⁾ aus der Mitgliedschaft hat dazu geführt, daß sich zu der Frage, ob die Vorschriften über den gesamthänderischen Rechtserwerb bei der Nachfolge mehrerer Erben durch § 139 HGB für die gesamte Mitgliedschaft ausgeschlossen sind, zwei Auffassungen gebildet haben.

Eine Minderheit²⁾ spricht sich für den geteilten Erwerb

9) Die personenrechtlichen Bestandteile der Einzelmitgliedschaft entstehen neu in der Person des Erben und gehören deshalb streng genommen nicht zum Nachlaß (vgl. auch Hueck, OHG S.266 Anm.20). Diese Feststellung kann bedeutsam werden für die Frage, ob der Testamentsvollstrecker auch die Verwaltungsrechte aus der Mitgliedschaft ausüben kann. Der Unterschied zu der in § 9 S.34 ff oben abgelehnten Auffassung besteht darin, daß diese eine erbrechtliche "Gesamtübertragung" annimmt und trotzdem die Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft ganz oder teilweise, ohne zwischen Alleinerben und Erbenmehrheit zu unterscheiden, verneint, während hier festgestellt wird, daß der Übergang des personenrechtlichen Teils der Mitgliedschaft bei der Nachfolge mehrerer Erben nicht mehr erbrechtlich erklärt werden kann.

1) Vgl. §§ 105 Abs.2 HGB, 717 S.2 BGB.

2) Vgl. Liebisch, ZHR Bd.116 S.142 ff(147); Dietrich, DR 1943 S.807; bei Weipert, § 139 Anm.25 und Staub, § 139 Anm.14 kommt dies nicht klar zum Ausdruck.

aller Bestandteile der Mitgliedschaft aus, während die überwiegende Meinung³⁾ die übertragbaren Vermögensrechte den Vorschriften des BGB über die Erbengemeinschaft unterwirft.

2. Für die Richtigkeit der letztgenannten Auffassung spricht zunächst, daß es für die Ausübung der Rechte aus § 139 HGB, die eine selbständige Gesellschafterstellung voraussetzen, gleichgültig ist, in welcher Rechtsform die übertragbaren Bestandteile der Mitgliedschaft übergehen. Sie könnten beispielsweise vom Erblasser an einen Dritten abgetreten worden sein und dann überhaupt nicht von der Erbfolge erfaßt werden. Gleichwohl würden die Erben die selbständige Gesellschafterstellung erlangen und die Entscheidung über die Form ihrer Beteiligung treffen können. Es liegt deshalb nahe, die übertragbaren Gesellschafterrechte uneingeschränkt dem Erbrecht zu unterstellen und sie als gemeinschaftliches Nachlaßvermögen anzusehen. Der Vermögenswert der Mitgliedschaft unterliegt dann in gleichem Umfang⁴⁾ wie zu Lebzeiten des Gesellschafters dem Einzelzugriff der nunmehrigen Nachlaßgläubiger und nimmt an Nachlaßverwaltung, - vergleich und - konkurs und an der Erbauseinandersetzung teil, ohne daß sich konstruktive Schwierigkeiten ergeben würden.

II.

1. Konstruktive Bedenken gegen den gesamthänderischen Erwerb der übertragbaren Vermögensrechte entstehen allerdings dann, wenn die Vermögensrechte durch die Entscheidung der einzelnen Miterben im Rahmen des § 139 HGB ihre rechtliche Einheitlichkeit verlieren. Dies ist nicht schon dann der Fall, wenn ein Teil der Erben die Stellung von Kommanditisten erhält, weil sich damit der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben und grundsätzlich auch der Ge-

3) Vgl. Hueck, OHG S.266 Anm.20; KG DR 1942, S.731; KG JW 1935 S.1794; Düringer-Hachenburg, § 139 Anm.15; Schlicht, NJW 1954 S.984; zweifelnd RG DR 1943 S.1228 Nr.6

4) Pfändung und Überweisung des Gewinnanspruchs oder des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben mit dem Recht, die Gesellschaft gem. § 135 HGB zu kündigen.

winnanspruch⁵⁾ nicht verändern.

Die Identität der Vermögensrechte geht aber dann verloren, wenn ein Erbe innerhalb der Dreimonatsfrist gem. § 139 Abs.2 HGB sein Ausscheiden aus der Gesellschaft erklärt. Im Zeitpunkt seines Ausscheidens⁶⁾ entsteht originär in seiner Person ein selbständiger, seiner Erbquote entsprechender Geldanspruch auf das, was ihm bei der Auseinandersetzung zukäme⁷⁾, der im Unterschied zum Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben der Höhe nach bestimmt ist und mit Feststellung der Abschichtungsbilanz fällig wird⁸⁾.

Die Annahme einer gesamthänderischen Rechtszuständigkeit der Miterben an den nunmehr in ihrer Höhe und Art veränderten Vermögensrechten läßt sich nur schwer begründen.

Man könnte daran denken, das Problem mit Hilfe des Prinzips der dinglichen Surrogation nach § 2041 BGB zu lösen:

Der Vermögenswert der gesellschaftlicher Beteiligung wird durch Erbfolge erworben. Durch das Rechtsgeschäft der Austrittserklärung eines Miterben wird der ererbte Vermögenswert teilweise aus der gesellschaftlichen Bindung gelöst und im Abfindungsanspruch zu einer bestimmbaren Geldforderung umgewandelt, die gem. § 2041 BGB dem gemeinschaftlichen Nachlaß zugerechnet werden könnte. Es stünden dann sowohl die verminderten übertragbaren Vermögensrechte aus der Mitgliedschaft als auch der neu entstandene Abfindungsanspruch allen Erben gemeinschaftlich zu⁹⁾.

5) Vgl. aber § 139 Abs.5,2.Halbsatz HGB.

6) Der Erbengesellschafter scheidet in dem Zeitpunkt aus, in welchem dem letzten der Altgesellschafter die Austrittserklärung zugeht. Vgl. Schlegelberger, § 139 Anm.51.

7) §§ 139 Abs.2, 138, 105 Abs.2 HGB; 738 Abs.1 S.2 BGB.

8) Vgl. Hueck, OHG S.296.

9) Die Gesellschaftermiterben wären dann zusammen mit dem ausgeschiedenen Erben Gesamthandsgläubiger des Abfindungsanspruchs, für den sie dem Miterben wiederum gem. § 128 HGB haften würden. Umgekehrt wäre der ausgeschiedene Miterbe (Nichtgesellschafter!) bis zur Auseinandersetzung beispielsweise Gesamthandsgläubiger des Gewinnanspruches zusammen mit den Gesellschaftererben. Zu der schwierigen Frage, ob der Gewinnanspruch bis zur Auseinandersetzung zum Nachlaß gehört oder ob er, weil zum Teil auf der Tätigkeit der Miterbengesellschafter beruhend, freies Eigenvermögen der Gesellschaftererben wird vgl. Hueck, OHG S.269, Michaelis, ZAkDR 1943 S.234, RG DR 1943 S.806 und RG DR 1943 S.1224.

Durch die nach dem Gesellschaftsrecht zulässige, selbstständige Austrittserklärung wurde der betreffende Miterbe aber entgegen § 2040 Abs.1 BGB **s e l b s t ä n d i g** über einen **g e m e i n s c h a f t l i c h e n** Nachlaßgegenstand verfügen.

Die gleiche Kollision zwischen den selbstständigen Rechten des § 139 HGB und der notwendig gemeinschaftlichen Verfügung über Nachlaßgegenstände gem. § 2040 Abs.1 BGB wurde hinsichtlich der persönlichen Mitgliedsstellung dadurch beseitigt, daß der einzelne Miterbe im Zeitpunkt des Todes des Erblassers kraft der Bestimmung des § 139 HGB eine selbstständige, den Bindungen der Erbengemeinschaft entzogene persönliche Mitgliedsstellung erwirbt.

Das gleiche Bedürfnis besteht aber, da die Rechte aus § 139 HGB auch hinsichtlich der vermögensmäßigen Beteiligung rechtliche Selbstständigkeit voraussetzen, auch für den Erwerb der mitgliedschaftlichen Vermögensrechte.

2. Es erscheint deshalb richtiger, anzunehmen, daß § 139 HGB zugleich den unmittelbaren Erwerb der nach Erbquoten geteilten übertragbaren Vermögensrechte aus der Mitgliedschaft bewirkt. Dies bedeutet nun keineswegs, daß die Vermögensrechte deshalb nicht zum Nachlaß gehören würden und damit dem Zugriff der Nachlaßgläubiger und der Erbauseinandersetzung entzogen wären. Sie gehören nur nicht zum **g e m e i n s c h a f t l i c h e n** Nachlaß.

In Analogie zu den vor der Teilung des gesamten Nachlasses in Einzelrechtszuständigkeiten übergeführten einzelnen Nachlaßgegenständen gehören auch die unmittelbar geteilt erworbenen Ansprüche aus § 717 S.2 BGB nicht zum Eigenvermögen der Erben, sondern unmittelbar, bzw. als dingliche Surrogate gem. § 2041 BGB zum Anteil des Erben am Nachlaß¹⁰⁾. Sie unterliegen damit dem unmittelbaren Zugriff der Nachlaßgläubiger¹¹⁾. Kommt es zu Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs,

10) Vgl. Staudinger-Boehmer, § 2059 Anm.6; RGRK BGB § 2059 Anm.6; Hagen, Iherings Jahrbuch Bd.42 S.135 Anm.95.

11) RGZ Bd.89 S.403 (408) will die Nachlaßgläubiger auf eine Rückgewährverpflichtung der Miterben zum Nachlaß verweisen.

so sind die übertragbaren Vermögensrechte bzw. der Abfindungsanspruch auf das amtlich verwaltete Vermögen zu übertragen. Die Geltendmachung des Übertragungsanspruchs ist dann in die Hände des Nachlaß- oder Konkursverwalters gelegt¹²⁾.

5. Auch für die Miterben bestehen keine Schwierigkeiten, die geteilt erworbenen Vermögensrechte in die Auseinandersetzung mit einzubeziehen und sie insbesondere bei einer eventuell notwendigen Ausgleichung¹³⁾ zu berücksichtigen; denn die Miterbengesellschafter unterliegen in der Verfügung über die Vermögensrechte keinerlei gesellschaftsrechtlichen Bindungen und Beschränkungen.

12) Vgl. Planck, § 2059 Anm.4.

13) Vgl. §§ 2050 ff BGB. Es kann dann unter Umständen notwendig sein, daß ein ausgleichsverpflichteter Erbe den Abfindungsanspruch auf einen ausgleichsberechtigten Gesellschaftermiterben zu übertragen hat, wenn der übrige Nachlaß zur Ausgleichung nicht ausreicht. Dies verstößt nicht gegen § 2056 BGB (keine Rückgewähr des Vorempfangs!), da der Abfindungsanspruch und die übertragbaren Vermögensrechte keine "nichterbrechtlichen" Vorempfänge sind, sondern zum Nachlaß gehören.

4. Abschnitt.

DIE NACHFOLGE IN DIE MITGLIEDSCHAFT EINES
OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFTERS DURCH EINEN
VON MEHREREN MITERBEN (1. TEILNACHFOLGE).

§ 16. Die qualifizierte Nachfolgeklausel.

I.

1. In den Gesellschaftsverträgen findet sich für den Fall des Todes eines Gesellschafters häufig die Bestimmung, daß die Gesellschaft nur mit einem von mehreren Miterben fortgesetzt werden soll (qualifizierte Nachfolgeklausel¹⁾).

Die Motive für eine derartige Regelung liegen in den Nachteilen begründet, welche die selbständige Nachfolge einer größeren Zahl von Miterben für die Gesellschaft und die überlebenden Gesellschafter mit sich bringt²⁾. Die Beschränkung der Nachfolgeberechtigung auf einen von mehreren Miterben³⁾ soll ein zahlenmäßiges Anschwellen des Mitgliederbestandes der OHG, das ihre wirtschaftliche Beweglichkeit zu stark beeinträchtigen könnte, und die ungerechtfertigte Verschiebung in den Machtverhältnissen in der Gesellschaft verhindern.

2. Dieses verständliche Bedürfnis hat schon früh zur Anerkennung der qualifizierten Nachfolgeklausel durch Rechtsprechung und Schrifttum geführt. Ihre Zulässigkeit

1) Vgl. Kipp-Coing, S.390.

2) Vgl. § 12 II S.59 ff oben.

3) Die Probleme der qualifizierten Nachfolge treten in gleicher Weise auf, wenn nur einige von mehreren Miterben zur Nachfolge zugelassen sind.

ist heute praktisch unbestritten⁴⁾.

II.

1. Angesichts der allgemeinen Überzeugung von der Notwendigkeit und Rechtmäßigkeit der qualifizierten Nachfolgeklauseel kommt ihrer dogmatischen Einordnung und Begründung nur untergeordnete Bedeutung zu. Gleichwohl ist sie zum Verständnis der sich aus der beschränkten Nachfolgeberechtigung ergebenden Schwierigkeiten notwendig.

a) Auch die qualifizierte Nachfolgeklauseel wandelt die grundsätzlich höchstpersönliche Mitgliedschaft in ein vererbliches Rechtsgut um mit dem einen Unterschied gegenüber der schlichten Nachfolgeklauseel, daß die Gesellschafter, welche die Nachfolgeberechtigung auch sonst von Bedingungen und Eigenschaften abhängig machen können⁵⁾, die Vererblich-

-
- 4) Vgl. für das ADHGB: v. Hahn, Art. 123 § 6 : " Die Bestimmung der Nr. 2 bezieht sich auf den Fall, daß 'die Erben' , d.h. alle Erben in die Gesellschaft eintreten sollen. Es kann aber auch gültig verabredet werden, daß einer der Erben an der Stelle des Verstorbenen eintreten soll. " Vgl. ferner OLG Kolmar vom 28. 3. 1890, ZHR Bd.42 S.529: "Es kann im Vertrag auch rechtswirksam bestimmt werden, daß die Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters mit einem von mehreren Erben fortgesetzt werden solle." A.A. Maaßen, Busch's Archiv Bd.5 S.71. Vgl. unter der Geltung des neuen HGB: OLG Hamm, OLGE Bd.36 S.270; KG JW 1933 S.118; KG, OLGE 1943 S.289; KG DNotZ 1935 S.988; RG DR 1943 S.1226; BGHZ Bd.22 S.186. (Die zur Begründung der Gültigkeit der beschränkten Nachfolgeklauseel herangezogenen Entscheidungen RGZ Bd.145 S.98 (106), RGZ Bd.170 S.289 (293), HansCLG Hamburg, LDR 1955 S.43 gehen entweder vom Eintrittsrecht aus oder lassen eine klare Unterscheidung zwischen Eintritts- und Nachfolgeklauseel vermissen.) Ritter, § 139 Anm.3b; Staub, § 139 Anm.5; Makower, § 139 Anm.1 B; Schwarz, § 139 Anm.3; Lehmann-Ring, § 139 Anm.1; Weipert, § 139 Anm.12; Schlegelberger, § 139 Anm.16; Baumbach-Duden, § 139 Anm.2 B; Hueck, OHG S.266; Siebert, NJW 1955 S.810 mit Anm.18; ders., Gesellschaftsvertrag S.22; ders., BB 1956 S.837; ders., BB 1957 S.18; Buchwald, AcP Bd.154 S.26 mit Anm.12; in Einzelheiten abweichend Wolf, NJW 1954 S.1550. A.A. Düringer-Hachenburg, § 139 Anm.8 und Geiler, Allgem.Einleitung zum 2.Bd.,Anm. 197, die hier stets Vertrag zu Gunsten Dritter annehmen und die erbrechtliche Sukzession ablehnen.
- 5) Vgl. Staub, § 139 Anm.5; Schlegelberger, § 139 Anm.18. Treten die Bedingungen nicht ein oder liegen die Eigenschaften nicht vor, so scheitert die Nachfolge.

keit nur für eine bestimmte Person eröffnen. Aus dem Kreis der Erben des Gesellschafters ist dann nur die namentlich oder nach sonstigen Merkmalen genau bezeichnete Person in Bezug auf die Mitgliedschaft als offener Handelsgesellschafter passiv erbfähig. Die Berechtigung der Gesellschafter, die erbrechtliche Nachfolge in dieser Weise nach der subjektiven Seite zu verengen, läßt sich vielleicht am besten aus ihrer Fähigkeit, die Vererblichkeit vollständig auszuschließen, herleiten⁶⁾. Belassen es die Gesellschafter bei der gesetzlichen Regelung, so wäre kein Erbe zur Fortsetzung der Gesellschaft berechtigt. Infolgedessen kann den Gesellschaftern auch die Rechtsmacht, einen Mittelweg zu wählen und die Vererblichkeit der Gesellschafterstellung nur auf gewisse Personen zu beschränken, zuerkannt werden⁷⁾.

b) Nach überwiegender Auffassung erlangt der durch die Klausel bezeichnete Erbe in gleicher Weise wie der Alleinerbe und die nachfolgeberechtigte Erbenmehrheit die Stellung als offener Handelsgesellschafter unmittelbar im Zeitpunkt des Todes **k r a f t E r b r e c h t s**.

2. Wenn es auch zweifelhaft ist, ob der Gesetzgeber in § 139 HGB⁸⁾ die beschränkte Nachfolge miterfassen wollte⁹⁾, so besteht doch für den zur Nachfolge zugelassenen Miterben das

6) Vgl. Liebisch, ZHR Bd.116 S.150; KG JW 1933 S.119.

7) Weipert, § 139 Anm.12 begründet die Zulässigkeit der Klausel wie folgt: "Wenn in § 139 jedem einzelnen Erben das Recht eingeräumt ist, auszusteiden oder Kommanditist zu werden, so daß zuletzt vielleicht nur noch ein persönlich haftender Erbe übrig bleibt, so muß auch eine entsprechende Anordnung im Gesellschaftsvertrag zulässig sein."

Der Gedankengang Weiperts, der aus den möglichen, also vom Gesetz gebilligten Stellungen der Miterben bei der schlichten Nachfolge die Berechtigung der Gesellschaft ableitet, diese potentiellen gesetzlichen Rechtsfolgen vorweg im Gesellschaftsvertrag festzulegen, verdient jedenfalls für den Fall Zustimmung, daß - wie in § 139 HGB - der Vermögenswert der Mitgliedschaft allen Erben (wenn auch in verschiedenen Formen) nach Maßgabe ihres Erbrechts zugute kommt.

8) Der gleiche Zweifel gilt für Art.123 Nr.2 ADHGB.

9) Die Argumentation Zunfts, NJW 1957 S.1131, daß § 139 HGB die Fortsetzung der Mitgliedschaft des Gesellschafters durch "dessen Erben", und damit sowohl durch dessen sämtliche Erben als auch nur durch einen von mehreren Erben betreffe, vermag nicht zu überzeugen.

gleiche unabweisbare Bedürfnis, die Schutzrechte aus § 139 HGB zu erlangen, weshalb diese Bestimmung auf den Fall der qualifizierten Nachfolge mindestens entsprechend anzuwenden ist.

§ 17. Die Teilnachfolge des nachfolgeberechtigten Miterben in die Mitgliedschaft des Erblassers.

I.

1. Zum besseren Verständnis der rechtlichen Vorgänge bei der qualifizierten Nachfolge ist es notwendig, einige grundlegende Erkenntnisse an den Anfang der Erörterung zu stellen.

Grundsätzlich¹⁾ unterliegt die vermögensmäßige Beteiligung eines offenen Handelsgesellschafters der Vererbung, gleichgültig, ob die Gesellschaft durch seinen Tod aufgelöst, unter den überlebenden Gesellschaftern oder mit den Miterben fortgesetzt wird. Nur die Formen, in welchen der Vermögenswert auf die Erben übergeht, sind je nach der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages verschieden. Der Umfang des erbrechtlichen Vermögenserwerbes des einzelnen Miterben, der grundsätzlich erst in der Erbauseinandersetzung wirtschaftlich sichtbar wird, ist durch seine, durch letztwillige Verfügung oder das Gesetz bestimmte Erbquote vorgegeben.

2. Die qualifizierte Nachfolgeklausel des Gesellschaftsvertrags allein ist nicht imstande, die quantitative Berechtigung des einzelnen Miterben entgegen seinem Erbrecht zu ändern. Sie läßt die Vermögenszuweisung des Erbrechts unberührt. Die Gesellschafter können grundsätzlich nur über die Formen, in welcher der Vermögenswert der Mitgliedschaft auf die einzelnen Erben vererbt wird, Bestimmung treffen²⁾.

1) Der praktisch seltene Ausschluß des Abfindungsanspruchs der Erben gegen die nach § 138 HGB fortgesetzte Gesellschaft darf hier unberücksichtigt gelassen werden.

2) Vgl. BGHZ Bd.22 S.194:"Denn ihr Rechtserwerb" (gemeint sind alle Erben) "vollzieht sich nach erbrechtlichen Gesichtspunkten; der gesellschaftsvertraglichen Regelung kommt dabei nur die Bedeutung zu, daß sie die Art des Rechtserwerbs - Rechtsnachfolge als Gesellschafter oder Abfindungsanspruch - bestimmt." A.A. Zunft,NJW 1957 S.1132.

II.

Im einzelnen ist die Nachfolge getrennt nach der Mitgliedsstellung, den aus ihr entspringenden Verwaltungsrechten und der gesamthänderischen Mitberechtigung einerseits und den übertragbaren Vermögensrechten andererseits darzustellen.

1. Wie die schlichte, so hat auch die qualifizierte Nachfolgeklausel die Höchstpersönlichkeit und Unvererblichkeit des mitgliedschaftlichen Rechtsverhältnisses beseitigt. Das gesellschaftsrechtliche Vertragsverhältnis fällt daher als vererbliches Rechtsgut in den Nachlaß, aber nur ein Erbe ist **r e c h t l i c h f ä h i g a l s G e s e l l s c h a f t e r** Träger der mitgliedschaftlichen Rechtsstellung zu werden. Der Rechtsübergang auf die übrigen Miterben, denen der Gesellschaftsvertrag die passive Erbfähigkeit (Nachfolgefähigkeit) insoweit nicht verliehen hat, ist ausgeschlossen. Der allein nachfolgeberechtigte Miterbe wird deshalb unmittelbar mit dem Erbfall offener Handelsgesellschafter mit allen personenrechtlichen Befugnissen und Pflichten eines solchen und der damit untrennbar verbundenen gesamthänderischen Mitberechtigung an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens³⁾.

2. Rechtsdogmatisch kann dieser Vorgang nur als Sondererbfolge qualifiziert werden⁴⁾. Entgegen der Bestimmung des § 1922 BGB⁵⁾ geht nicht das ganze "Vermögen" des Erblassers auf den gleichen Miterbenkreis über (Durchbrechung des Grundsatzes der successio in universitatem per universitatem). Die beschränkt vererbliche Mitgliedschaft fällt viel-

3) Die gesamthänderische Mitberechtigung der ausgeschlossenen Miterben (Nichtgesellschafter!) an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens ist begrifflich ausgeschlossen. Vgl. Hueck, DNotZ 1952 S.554; ders., NJW 1954 S.477.

4) Zur Begriffsbestimmung vgl. § 8 I Ziff.2 S.31,32 oben.

5) Vgl. Michaelis, ZAkDR 1943 S.233, der von "einer Modifizierung der allgemeinen Erbfolgeordnung" durch die qualifizierte Nachfolgeklausel, also durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, spricht.

Siebert, BB 1956 S.838, erklärt die Sondernachfolge - allerdings hat er dabei die Nachfolge in die gesamte Mitgliedschaft in Betracht gezogen - "als Ergebnis der eigentümlichen Verbindung von Gesellschaftsvertrag und Erbrecht".

mehr in ihrem p e r s o n e n r e c h t l i c h e n
T e i l unter Ausschluß der übrigen Erben unmittelbar
einem Sondererben zu. Die Sondererbfolge in die Mitglied-
schaft ist die unvermeidliche und automatische Folge der
beschränkenden Nachfolgeklausel und findet in deren fast
unbestrittener Anerkennung ihre rechtliche Grundlage⁶⁾.

III.

1. Hinsichtlich der v e r m ö g e n s m ä ß i g e n
B e t e i l i g u n g des Gesellschafters führt die quali-
fizierte Nachfolge grundsätzlich zu einer quantitativen und
qualitativen Spaltung⁷⁾. Der nachfolgeberechtigte Miterbe
erhält kraft seines Erbrechts nur einen Teil des Vermögens-
wertes der Mitgliedschaft, während der übrige Wert den
nicht zugelassenen Miterben zufließen muß⁸⁾.

Der Gesellschaftermiterbe erwirbt also beim Tode des Ge-
sellschafters die Vermögensrechte nur in Höhe seines Erb-
anteils, insoweit aber unmittelbar beim Erbfall in Einzel-
rechtszuständigkeit⁹⁾, der den übrigen Miterben zustehende
Teil des Vermögenswertes der Mitgliedschaft wird beim Erb-
fall abgespalten und verwandelt sich in einen Abfindungsan-
spruch gegen die Gesellschaft, der den "weichenden Miterben"
zur gesamten Hand anfällt.

2. Gegen die Konstruktion der Teilnachfolge wendet sich
Zunft¹⁰⁾. Nach seiner Auffassung könne hier § 738 Abs.1 S.2
BGB nicht zur Anwendung kommen. Die Entstehung des Abfin-
dungsanspruchs setze begrifflich das Ausscheiden des Gesell-
schafters oder der ausgeschlossenen Miterben voraus. Da aber

6) Die allgemeine Überzeugung von der Gültigkeit der qua-
lifizierten Nachfolgeklausel hat zu einer gewohnheits-
rechtlich anerkannten Sondererbfolge in die persönliche
Mitgliedsstellung eines offenen Handelsgesellschafters
oder Komplementärs geführt.

7) Siebert, BB 1956 S.838 hält die Trennung von Verwaltungs-
rechten und Kapitalbeteiligung für verwirrend und auch
für rechtssystematisch nicht haltbar. In BB 1957 S.19
hält er sie dann aber offenbar doch für zulässig.

8) Vgl. RG DR 1943 S.1226; BGHZ Bd.22 S.194; Hueck, JZ 1957
S.222(223); Siebert, BB 1957 S.19.

9) § 139 HGB! Vgl. § 15 II Ziff.1 u. 2 S.70 ff.

10) Vgl. Zunft, NJW 1957 S.1132.

ein Miterbe die Gesellschaft des verstorbenen Gesellschafters fortsetze, könne weder von einem Ausscheiden des Gesellschafters noch von einem der ausgeschlossenen Miterben, die zu keinem Zeitpunkt Gesellschafter geworden seien, die Rede sein.

Zunfts Auffassung, daß die Fortsetzung der Gesellschaft mit nur einem Miterben das "Ausscheiden" begrifflich ausschließe, ist nicht zwingend.

Die Grundform¹¹⁾ der Fortsetzung der Gesellschaft mit nur einem Miterben ist in vermögensrechtlicher Hinsicht als eine Kombination von Teilübertragung im Erbgang und Teilausscheiden des Gesellschafters, soweit der Vermögenswert der Beteiligung den weichenden Erben nach ihrem Erbrecht zusteht, aufzufassen¹²⁾.

3. Die Richtigkeit dieser Konstruktion soll an einem vergleichbaren Rechtsgeschäft unter Lebenden nachgewiesen werden.

Es ist rechtlich zulässig, daß ein Gesellschafter unter gleichzeitigem Ausscheiden seine gesamte Mitgliedsstellung auf einen Nachfolger überträgt¹³⁾. Rechtlich möglich ist es auch, daß der Gesellschafter nur einen Bruchteil seiner vermögensrechtlichen Stellung auf einen neu eintretenden Gesellschafter überträgt und mit der ihm verbliebenen Beteiligung Gesellschafter bleibt¹⁴⁾.

Es muß daher auch rechtlich zulässig sein, wenn beide Rechtsgeschäfte verbunden werden. Der Altgesellschafter überträgt seine persönliche Mitgliedsstellung ganz, die vermögensmäßige Beteiligung zu einem Bruchteil und scheidet gleichzeitig aus der Gesellschaft aus. Der ihm verbliebene Vermögenswert der Beteiligung verwandelt sich dann kraft Gesetzes in den wertgleichen Abfindungsanspruch gegen die Gesell -

11) Neben der Grundform, welche die Vermögenszuweisung des Erbrechts unberührt läßt, steht der Fall, daß dem nachfolgeberechtigten Miterben mit unmittelbar dinglicher Wirkung die gesamte persönliche und vermögensmäßige Mitgliedsstellung des Erblassers zufallen soll.

12) Vgl. Liebisch, ZHR Bd. 116 S. 151.

13) Vgl. Hueck, OHG S. 255.

14) Vgl. Hueck, OHG S. 259.

schaft.

Die Nachfolge des Gesellschaftermiterben gestaltet sich konstruktiv in gleicher Weise. Der Teilübertragung entspricht die Nachfolge des Gesellschaftermiterben, die im Umfang durch das Erbrecht (Erbquote des Gesellschaftermiterben) bestimmt wird. Soweit die Übertragung der vermögensmäßigen Beteiligung wegen der beschränkenden Nachfolgeklausel auf die übrigen Miterben nicht stattfinden kann, scheidet der Gesellschafter aus der Gesellschaft aus und vererbt den ausgeschlossenen Erben den der Summe ihrer Erbteile entsprechenden Abfindungsanspruch.

IV.

Als Ergebnis kann für die Grundform der qualifizierten Nachfolge in die Mitgliedschaft festgehalten werden:

Die Nachfolgeklausel gestaltet die Mitgliedschaft vererblich, aber nur für eine bestimmte Person, die Erbe sein muß¹⁵⁾.

Der Gesellschaftermiterbe erwirbt kraft Erbrechts unmittelbar die Rechtsstellung als Gesellschafter und die mit ihr untrennbar verbundenen Verwaltungsrechte. Eine Gesamthandsgemeinschaft mit den übrigen Miterben kann begrifflich insoweit nicht bestehen.

Der Vermögenswert der Mitgliedschaft wird entsprechend der verschiedenartigen Erbfähigkeit der Miterben aufgespalten in den Vermögenswert, wie er grundsätzlich nur einem Gesellschafter zustehen kann (Gewinnanspruch und Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben) und in den Vermögenswert, wie er sich beim Erlöschen der Mitgliedschaft umwandelt (Abfindungsanspruch).

Der Gesellschaftermiterbe erwirbt den auf ihn entfallenden Vermögenswert entsprechend der aus § 139 BGB folgenden Selbständigkeit seiner Mitgliedsstellung unmittelbar in Einzelrechtszuständigkeit und hat umgekehrt keine Mitberechtigung an dem Abfindungsanspruch, der den ausgeschlossenen Miterben zur gesamten Hand zusteht.

Gleichwohl gehören beide Vermögenswerte zum N a c h - l a ß , unterliegen also dem Zugriff der Nachlaßgläubiger

15) Wird die im Gesellschaftsvertrag bezeichnete Person nicht Erbe, so scheitert die Nachfolge.

und sind bei der Erbauseinandersetzung zu berücksichtigen¹⁶⁾.

Die mittelbare wirtschaftliche Bevorzugung des Miterbengesellschafters, die in seiner Nachfolgeberechtigung in die Gesellschaft liegen kann, begründet für ihn keine Ausgleichspflicht¹⁷⁾.

16) Vgl. § 15 II Ziff.2 S.72,73 oben.

17) Vgl. Hueck, OHG S.267 Anm.29; RG JW 1927 S.1201.

5. Abschnitt.

DER UNMITTELBARE ÜBERGANG DER GESAMTEN MITGLIEDSCHAFT DES ERBLASSERS AUF DEN ALLEIN NACHFOLGEBERECHTIGTEN MITERBEN (2. VOLLNACHFOLGE).

§ 18. Ausgangspunkt und grundsätzliche Lösungsvorschläge.

I.

1. Die Interessen der Gesellschaft sind bei der im vorhergehenden Abschnitt geschilderten Form der qualifizierten Nachfolge noch nicht ausreichend berücksichtigt. Zwar ist mit der Nachfolge des berechtigten Miterben der Fortbestand der Gesellschaft sichergestellt und ein zahlenmäßiges Anschwellen der OHG vermieden, aber je nach der Grösse des Miterbenkreises ist die Gesellschaft zur Zahlung von Abfindungsansprüchen verpflichtet, die nahezu den ganzen Wert der Beteiligung des Erblassers erreichen können. Daraus entstehen für die Gesellschaft nebeneinander zwei Nachteile. So steht einmal die persönliche Rechts- und Machtstellung des Erbengesellschafters, verglichen mit der seines Rechtsvorgängers, in einem Mißverhältnis zur kapitalistischen Beteiligung¹⁾. Zum anderen kann durch die Verpflichtung der Gesellschaft zur Auszahlung des Abfindungsanspruchs an die Miterben sehr leicht eine wirtschaftliche Krise eintreten²⁾, die nach der Vorstellung der Gesellschafter gerade durch die Fortsetzung der Gesellschaft mit einem Rechtsnachfolger des verstorbenen Gesellschafters vermieden werden soll.

Die Gesellschafter sind auch bei Vereinbarung der qualifizierten Nachfolgeklausel völlig im ungewissen darüber, in

1) Vgl. Siebert, NJW 1955 S.811.

2) Vgl. Hueck, JZ 1957 S.223.

welchem Umfang Abfindungsansprüche im Todesfalle entstehen, weil ihnen jede rechtliche Einflußnahme auf die Gestaltung der Erbfolge und die Zahl der Erben verwehrt ist.

2. Um die aufgezeigten Nachteile auszuschließen, werden die Gesellschafter in der Regel bestrebt sein, die Nachfolge des allein nachfolgefähigen Miterben in den vollen Gesellschaftsanteil (Vollnachfolge³⁾) sicherzustellen. Dieses Interesse findet auch in Rechtsprechung und Lehre grundsätzliche Anerkennung⁴⁾; über die rechtliche Möglichkeit seiner Verwirklichung bestehen jedoch erhebliche Unterschiede in den Meinungen.

Richtunggebend bei der Behandlung des Problems hat jedoch folgende Überlegung zu sein. Die Nachfolge eines Miterben in die gesamte Mitgliedschaft wird in erster Linie aus dem Interesse der Gesellschaft gefordert. Ein Interesse, den nachfolgeberechtigten Miterben gegenüber den anderen Erben endgültig wirtschaftlich zu privilegieren, besteht primär nicht. Die Lösung muß daher grundsätzlich die Belange der ausgeschlossenen Miterben ausreichend berücksichtigen⁵⁾.

II.

Um die Vollnachfolge des Miterbengesellschafters konstruktiv zu erreichen, werden im wesentlichen zwei Lösungswege vorgeschlagen.

1. Eine Auffassung versucht, den Übergang der gesamten Mitgliedschaft mit Hilfe des "Ausschlusses des Abfindungsanspruches"⁶⁾ der Miterben im Gesellschaftsvertrag zu er-

3) Vgl. Siebert, BB 1957 S.19.

4) Vgl. RGZ Bd.145 S.294,295(allerdings für einen Fall des Eintrittsrechts); BGHZ Bd.22 S.195; Hueck, OHG S.266; ders., DNotZ 1952 S.554; Siebert, BB 1956 S.838; ders., BB 1957 S.19 u. NJW 1955 S.811; Zunft, NJW 1957 S.1131; G. u. D. Reinicke, NJW 1957 S.563. Siebert, BB 1957 S.19, spricht sich dafür aus, daß die qualifizierte Nachfolgeklausel grundsätzlich in dem Sinne auszulegen ist, daß der Miterbengesellschafter die gesamte Mitgliedschaft erwerben soll. Reinicke und Zunft, a.a.O., sehen die "Vollnachfolge" als automatische und einzige Folge bei Vorliegen der qualifizierten Nachfolgeklausel an.

5) Vgl. auch G. u. D. Reinicke, NJW 1957 S.563.

6) § 738 BGB enthält abdingbares Recht. Vgl. RG LZ 1927 Spalte 1109 Nr.11.

klären⁷⁾.

Der Schwerpunkt dieser Lösung liegt in dem Gedanken, daß der Erblasser hinsichtlich seines Vermögens, hier also seiner Rechtsstellung als Gesellschafter, Bindungen eingehen kann, die auch für seine Erben maßgebend sind⁸⁾.

Ob auf diesem Wege die Vollnachfolge erreicht werden, insbesondere, ob mit dieser Konstruktion der unmittelbare Erwerb aller Rechte befriedigend erklärt werden kann, ist zweifelhaft.

2. In dem Bestreben, diese Problematik auszuräumen, nimmt die zweite Auffassung eine unmittelbare Sondererbfolge in die gesamte Mitgliedschaft an⁹⁾.

§ 19. Vollnachfolge durch Vertrag zu Gunsten eines Dritten?

I.

1. Neben die eben skizzierten zwei Hauptrichtungen tritt eine weitere Auffassung¹⁾, welche die Vollnachfolge des Gesellschaftermiterben in völliger Loslösung vom Erbrecht durch Vertrag zu Gunsten eines Dritten zu erklären ver-

7) Vgl. RGZ Bd.145 S.293; RGZ Bd.171 S.350; KG DNotZ 1935 S.988; BGHZ Bd.22 S.194; Hueck, OHG S.266; ders., DNotZ 1952 S.554; ders., JZ 1957 S.223; Liebisch, ZHR Bd.116 S.152.

8) Vgl. hierzu insbesondere RGZ Bd.145 S.294:

"Als Gesamtrechtsnachfolger müssen die Erben die schuldrechtlichen Abreden ihres Erblassers grundsätzlich gegen sich gelten lassen ..."

Vgl. auch Hueck, JZ 1957 S.223:

"Hat der Erblasser im Gesellschaftsvertrag ausgemacht, daß ausscheidende Erben keinen Anspruch gegen die OHG haben sollen, so ist das für die Rechtsstellung der Erben, die ja lediglich in die dem Erblasser aufgrund des Gesellschaftsvertrages zustehenden Rechte und Pflichten einrücken können, bindend".

9) Vgl. insbesondere Siebert, Gesellschaftsvertrag S.24; ders., NJW 1955 S.811; ders., BB 1956 S.838; ders., BB 1957 S.19; Zunft, NJW 1957 S.1131; G.u.D. Reinicke, NJW 1957 S.563; Holch, S.59,60.

1) Zu Unrecht behauptet Kipp-Going, S.320, daß diese Konstruktion von der überwiegenden Meinung vertreten werde. Vgl. auch die Anmerkung der Schriftleitung zu HansOLG Hamburg in MDR 1955 S.43, die sich im selben Sinne äußert.

sucht²⁾, der in der qualifizierten Nachfolgeklausel "enthalten oder durch sie wenigstens indiziert" sein soll³⁾. Die Nachfolgeklausel würde dann den Übergang der Gesellschafterstellung nicht nur vorbereiten, sondern zugleich auch bewirken.

Siebert⁴⁾ hat richtig darauf hingewiesen, daß die unmittelbare Nachfolge, wie die Parteien sie regelmäßig herbeiführen wollen, nur durch die Erbfolge oder ein Verfügungsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall bewirkt werden könne.

Mit dieser Feststellung scheidet von vornherein der Vertrag zu Gunsten eines Dritten in der Form, in welcher er allein seine gesetzliche Regelung gefunden hat, nämlich als schuldrechtlicher Verpflichtungsvertrag zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger, als Grundlage für eine unmittelbare Vollnachfolge aus.

2. Soweit aber die Nachfolgeklausel als Mittel zur Nachfolge in die gesamte Mitgliedschaft außerhalb des Erbrechts angesehen wird, wird ihr, ohne daß zu dieser Frage ausdrücklich Stellung genommen würde, **V e r f ü g u n g s k r a f t** zugeschrieben.

Die unmittelbare Übertragungswirkung könnte nur ein Verfügungsvertrag zwischen den Gesellschaftern zugunsten des nachfolgeberechtigten Dritten besitzen, durch welchen dem Nachfolger die Mitgliedschaft für den Todesfall (§ 331 BGB analog) zugewendet werden soll⁵⁾.

Die Zulässigkeit der analogen Anwendung der schuldrechtlichen Rechtsform des Vertrages zu Gunsten Dritter auf Verfügungsgeschäfte ist zweifelhaft, soll aber hier unterstellt

2) Vgl. RGZ Bd.80 S.175 (für die GmbH); RGZ Bd.145 S.294; HansOLG Hamburg, MDR 1955 S.43; Düringer-Hachenburg, § 139 Anm.8.

3) Vgl. Siebert, NJW 1955 S.811.

4) Vgl. Siebert, NJW 1955 S.811, der ausführt, daß es in unserem Rechtssystem neben Verfügungsgeschäft auf den Todesfall und Erbfolge nicht etwas Drittes, etwa in der Form einer gesellschaftsrechtlichen Nachfolge sui generis gebe.

5) Wegen der grundsätzlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit eines derartigen Rechtsgeschäftes vgl. Boehmer, Grundlagen II S.91 ff.

werden⁶⁾. Der Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung der Verpflichtungsverträge zu Gunsten Dritter liegt darin, daß sie eine Zuwendung aus dem Vermögen des Versprechenden an den Dritten ermöglichen, ohne daß eine *d o p p e l t e Ü b e r t r a g u n g*, nämlich zunächst eine vom Versprechenden auf den Versprechensempfänger und dann eine solche von diesem auf den Dritten notwendig wäre⁷⁾.

Diese Zwecksetzung, aus welcher sich die Struktur des Verhältnisses der Beteiligten ableitet, hat in gleicher Weise für Verfügungsverträge zu Gunsten Dritter zu gelten.

3. Die Anwendung dieser Grundsätze auf die Mitgliedschaft zeigt, daß ein Verfügungsvertrag zu Gunsten des Nachfolgeberechtigten hier begrifflich ausscheidet. Ziel eines solchen Vertrages wäre die Übertragung der Mitgliedschaft von ihrem jetzigen Träger auf den Gesellschafternachfolger.

Die Mitgliedschaft kann, wenn der Gesellschaftsvertrag dies zuläßt, durch Rechtsgeschäft unter Lebenden vom Gesellschafter auf einen Dritten übertragen werden. Die Einigung zwischen dem Übertragenden und dem Erwerber bewirkt die Gesamtrechtsnachfolge in die gesamte Mitgliedschaft des ausscheidenden Gesellschafters⁸⁾.

Diese unmittelbare Rechtsnachfolge, wie sie der Verfügungsvertrag unter Lebenden herbeiführen kann, soll nun für die in der Nachfolgeklausel bezeichnete Person auf den Todesfall des Gesellschafters durch Verfügungsvertrag zu Gunsten eines Dritten eintreten. Der *T r ä g e r* dessen, was der Dritte erhalten soll und der Interessent an der *Z u w e n d u n g* an den Dritten sind hier aber *i d e n t i s c h*, womit es an der typischen Gestaltung des Vertrages zu Gunsten eines Dritten fehlt. Diese läge nur vor, wenn der verfügende Gesellschafter im Deckungsverhältnis die Mitgliedschaft auf

6) Das Reichsgericht lehnte die analoge Ausdehnung der §§ 328 ff BGB auf dingliche Verträge ab. Vgl. RGZ Bd.66 S.97 (99); RGZ Bd.124 S.217(221) und RG JW 1931 S.525 Nr.8. Über den Streitstand im Schrifttum vgl. Enneccerus-Lehmann, S.148 mit Anm.8.

7) Vgl. Staudinger-Werner, Vorbemerkungen I zu § 328 und Protokolle I S.755.

8) Vgl. Hueck, OHG S.257 mit Nachweisen; BGH BB 1954 S.486; Siebert, Gesellschaftsvertrag S.19 und S.16 mit Anm.20, 21.

seine Mitgesellschafter übertragen müßte (Rechtsgrund?) und diese im Valutaverhältnis sie dem nachfolgeberechtigten Dritten zuwenden wollten. In diesem Falle könnte durch Verfügungsvertrag zu Gunsten Dritter der Umweg einer Doppelübertragung erspart werden.

Bei der qualifizierten Nachfolge aber besteht das Interesse an der Zuwendung an den Dritten unmittelbar in der Person des Trägers des Mitgliedschaftsrechtes, der es, ohne der anderen Gesellschafter als "Zweite" zu bedürfen, allein verwirklichen könnte⁹⁾. Die Gesellschafter könnten daher allenfalls Sinn und Bedeutung als vollmachtslose Vertreter des Nachfolgeberechtigten haben.

Der Verfügungsvertrag zu Gunsten eines Dritten (Nachfolger) mit dem Ziel, die Mitgliedschaft eines Gesellschafters mit unmittelbarer Wirkung auf den Todesfall auf den Nachfolger zu übertragen, kann daher zwischen den Gesellschaftern aus Rechtsgründen nicht abgeschlossen werden¹⁰⁾.

II.

1. Ein weiteres Argument gegen die rechtliche Zulässigkeit der Übertragung der Mitgliedschaft durch Verfügungsvertrag zu Gunsten eines Dritten kann daraus hergeleitet werden, daß dieser Verfügungsvertrag auch zu Lasten des Dritten ginge¹¹⁾.

Mit dem Erwerb der Rechtsstellung als Gesellschafter ist eine Reihe von Lasten (z.B. Schuldenhaftung) und Pflichten (z.B. Tätigkeitspflicht) verbunden, die auf diesem We-

9) Wegen der typischen Lage bei Verfügungsverträgen zu Gunsten eines Dritten vgl. RGZ Bd.66 S.97 (99,100).

10) Das HansOLG Hamburg, MDR 1955 S.43, behauptet zwar die Möglichkeit, durch Vertrag zu Gunsten eines Dritten die Mitgliedschaft auf den Nachfolger außerhalb der Erbfolge zu übertragen, gibt aber weder eine Begründung noch untersucht es, in welcher Weise das typische Dreiecksverhältnis unter den Beteiligten bestehen soll. Bemerkenswert ist es, daß in der Entscheidung von den Rechtsfolgen "beim Tode des Versprechenden" die Rede ist. Was aber soll der Erblassergesellschafter versprechen? Im übrigen würde beim Vertrag zu Gunsten eines Dritten nur der Tod des Versprechensempfängers von Bedeutung sein (§ 331 BGB).

11) Vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag S.17; ders., NJW 1955 S.811,812; Kipp-Coing, S.388; Küster, DNotZ 1956 S.464.

ge für den Rechtsnachfolger nicht begründet werden können¹²⁾.

2. Endlich kann gegen die Konstruktion des Übergangs der Mitgliedschaft durch Verfügungsvertrag zu Gunsten eines Dritten noch geltend gemacht werden, daß es dem Nachfolger in Analogie zu § 333 BGB in die Hand gegeben wäre, den Rechtserwerb zurückzuweisen und damit die beabsichtigte Nachfolge zum Scheitern zu bringen. Die Mitgliedschaft gälte dann als nicht erworben und wäre demzufolge erloschen. Die Gesellschaft wäre in diesem Fall, wenn sie überhaupt bestehen bleiben kann, mit den Abfindungsansprüchen der Erben belastet¹³⁾.

§ 20. Die Bedeutung des vertraglichen Ausschlusses des Abfindungsanspruchs gegen die Gesellschaft für die Vollnachfolge des allein fortsetzungsberechtigten Miterben.

I.

1. Es wird heute allgemein anerkannt¹⁾, daß die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag den Ausschluß des Abfindungsanspruchs vereinbaren können, der beim Tode eines Gesellschafters entsteht, wenn die Gesellschaft unter den überlebenden Gesellschaftern fortgesetzt wird. Damit kann der Vermögenswert der Beteiligung des Gesellschafters in rechtlich zulässiger Weise²⁾ den Erben und Nachlassgläubigern

12) Vgl. Larenz, S.165.

13) Gegenüber der erbrechtlichen Nachfolge wären die Gesellschafter dann insofern schlechter gestellt, als bei dieser Abfindungsansprüche nur entstehen, wenn die Gesellschafter die Einräumung der beantragten Kommanditistenstellung (aus ihrem freien Willen!) ablehnen. Vgl. auch KG JW 1933 S.119.

1) Vgl. RGZ Bd.122 S.150; RG LZ 1927 Spalte 1109; BGHZ Bd.22 S.194 mit Nachweisen; Siebert, BB 1956 S.839.

2) Streit besteht darüber, ob der Ausschluß des Abfindungsanspruchs als Schenkung auf den Todesfall (so Siebert, Gesellschaftsvertrag S.11) gem. § 2301 BGB formbedürftig ist oder ob er als entgeltliches Rechtsgeschäft (so BGH in BGHZ Bd.22 S.194) zu beurteilen ist. Wenn alle Gesellschafter den Ausschluß ihrer zukünftigen Abfindungsansprüche vereinbaren, steht nichts

gern entzogen werden.

2. Der Ausdruck "Ausschluß des Abfindungsanspruchs" kennzeichnet den rechtlichen Inhalt einer entsprechenden Vertragsabrede nur unvollkommen. Durch den Ausschluß der dispositiven Bestimmung des § 738 Abs.1 S.2 BGB wäre nur erreicht, daß sich der Vermögenswert der Beteiligung des Gesellschafters bei seinem Tode nicht in einen vererblichen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft umwandeln könnte.

Auf wen und in welcher Weise der beim Tode vorhandene Vermögenswert der Mitgliedschaft übergeht, läßt sich der unscharfen Formel vom "Ausschluß des Abfindungsanspruchs" nicht entnehmen. Würde es unmittelbar nach dem Tode des Gesellschafters aus irgendeinem Grunde zur Liquidation der Gesellschaft kommen, erhielte im Zweifel jeder der überlebenden Gesellschafter ein um den auf ihn entfallenden Teil des Vermögenswertes der erloschenen Mitgliedschaft erhöhtes Auseinandersetzungsguthaben. Diese Werterhöhung der Beteiligung der überlebenden Gesellschafter ist nicht etwa eine automatische Folge des Ausschlusses des Abfindungsanspruchs, sondern beruht auf der in der Ausschlußklausel enthaltenen aufschiebend bedingten Übertragung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben auf die einzelnen Gesellschafter³⁾.

Für die hier vertretene Auffassung spricht, daß bei dem zulässigen Ausschluß des Abfindungsanspruchs zugunsten eines bestimmten Gesellschafters sich nur dessen Beteiligung wertmäßig erhöht, während die "Anwachsung" im Falle des § 138 HGB

im Wege, hier ein entgeltliches Rechtsgeschäft anzunehmen. Hat sich aber nur ein Gesellschafter in dieser Weise gebunden, so kann der Ausschluß des Abfindungsanspruchs nur als Schenkung auf den Todesfall qualifiziert werden, die grundsätzlich formbedürftig ist und dann der Pflichtteils-ergänzung (§§ 2325, 2329 BGB) und Schenkungsanfechtung (§§ 3 AnfG; 32 KO) unterliegt.

- 3) Die Anwachsung, die durch das Ausscheiden des Gesellschafters ausgelöst wird, bewirkt nicht die unmittelbare Wertsteigerung der Mitgliedschaft. Durch sie erstarkt, unabhängig von der wertmäßigen Beteiligung des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen (auch dem Gesellschafter mit negativem Kapitalanteil kommt die Verstärkung der Mitverfügungsberechtigung durch die Anwachsung zugute), nur seine gesamthänderische Mitberechtigung.

für alle Gesellschafter eintritt. Diese Werterhöhung kann nur als Folge einer g e z i e l t e n rechtsgeschäftlichen Übertragung des Vermögenswertes der Mitgliedschaft des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters, nicht aber als automatischer "Zuwachs" sinnvoll erklärt werden. Der "Ausschluß des Abfindungsanspruchs" ist deshalb nichts anderes als eine durch den Tod des Gesellschafters aufschiebend bedingte Übertragung des Vermögenswertes der Mitgliedschaft. Im Augenblick des Todes gehen die aufschiebend bedingt übertragenen Rechte über, d.h. der Erblasser verliert seine Rechtsträgerschaft am Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben und als automatische Folge hiervon k a n n der Abfindungsanspruch nicht entstehen. Die Übertragung des Vermögenswertes der Mitgliedschaft, die im Zweifel zu gleichen Teilen auf alle Gesellschafter erfolgt, wird durch eine entsprechende Erhöhung der Kapitalkonten nach außen hin sichtbar.

3. Mit Hilfe dieser Auffassung von der Rechtsnatur des "Ausschlusses des Abfindungsanspruchs" soll nun seine rechtliche Bedeutung für die qualifizierte Nachfolge untersucht werden.

An den Anfang wird die Überlegung gestellt⁴⁾, daß es rechtlich zulässig sein müsse, den Ausschluß des Abfindungsanspruchs auf die nicht nachfolgeberechtigten Miterben zu beschränken, wenn es den Gesellschaftern freistehe, ihn a l l e n Erben gegenüber wirksam zu vereinbaren. Der Ausschluß beziehe sich dann nur auf den Teil des Wertes der Mitgliedschaft, der als Abfindungsanspruch den weichenden Miterben in Höhe ihrer Erbberechtigung zugefallen wäre. Wenn dann auch für die Miterben kein vererblicher Abfindungsanspruch aus der Mitgliedschaft entstehe, folge daraus noch nicht, daß der Gesellschaftermiterbe über sein Erbrecht hinaus den gesamten Vermögenswert der Mitgliedschaft unmittelbar mit dem Erbfall erwerbe. Der Gesellschaftsvertrag könne nicht ein selbständiger Erwerbsgrund neben dem Erbrecht sein. Als Vertrag unter Lebenden könne er nur dann dem Gesellschafternachfolger Rechte mit unmittelbarer Wir-

4) Vgl. BGHZ Bd.22 S.195; Liebisch, ZHR Bd.116 S.152.

kung zuweisen, wenn dieser Partner eines bindenden Verfügungsvertrages gewesen sei⁵⁾.

4. Die Schlußfolgerung des BGH, die Gesellschafter müßten, wenn sie den Abfindungsanspruch gegenüber allen Erben ausschließen können, ihn wirksam auch gegenüber den nicht nachfolgeberechtigten Miterben ausschließen können, ohne daß damit in die Bestimmungen über die Erbfolge eingegriffen würde, ist nicht richtig.

Aus der Befugnis, einen Vermögenswert ganz der Vererbung zu entziehen, kann zwar die Fähigkeit abgeleitet werden, ihn nur zum Teil aus dem vererblichen Vermögen herauszunehmen, nicht aber folgt hieraus, daß die Gesellschafter durch Rechtsgeschäft unter Lebenden den vererblichen Restvermögenswert mit unmittelbar dinglicher Wirkung nur einem Miterben unter Ausschluß der übrigen zuweisen können. Die Gesellschafter können nach den Bestimmungen des bürgerlichen Erbrechts, welche der BGH unverändert zur Anwendung bringen will, nur den Umfang des vererblichen Vermögens beeinflussen, nicht aber die Berechtigung der zukünftigen Erben am tatsächlich vererbten Nachlaß festlegen.

In der Konsequenz führt die Annahme des BGH von der Zulässigkeit des "Teilausschlusses" des Abfindungsanspruchs bestimmten Personen gegenüber zu der von ihm abgelehnten Sondererbfolge über die bürgerlich-rechtliche Erbberechtigung hinaus.

Der BGH geht davon aus, daß die Gesellschafter durch den partiellen Ausschluß des Abfindungsanspruchs einen Teil des Vermögenswertes der Mitgliedschaft binden und der zukünftigen Erbmasse entziehen. In die Erbschaft können dann nur die Mitgliedschaft in ihrem personenrechtlichen Teil und die vermögensmäßige Beteiligung "zu dem Bruchteil, welcher der Erbquote des nachfolgeberechtigten Erben entspricht" fallen. Diesen Bruchteil erwerbe der Gesellschaftermiterbe unmittelbar in Einzelrechtszuständigkeit.

Ausgehend von der Annahme, daß der Gesellschaftsvertrag kein selbständiger Erwerbsgrund neben dem Erbrecht sein könne⁶⁾, dürfte der Gesellschaftermiterbe auch an dem in den

5) Vgl. BGHZ Bd.22 S.195.

6) Vgl. BGHZ Bd.22 S.195.

Nachlaß gefallenen Teilwert der vermögensmäßigen Beteiligung nur zu einem seiner Erbquote entsprechenden Bruchteil beteiligt sein; der Rest müßte den übrigen Miterben nach Maßgabe ihrer Erbanteile zufallen.

Der Fehler in der Konstruktion des BGH liegt darin, daß einerseits der Wert der Mitgliedschaft in Höhe der Erbberechtigung der von der Nachfolge ausgeschlossenen Miterben durch den Teilausschluß der Vererbung entzogen werden soll, daß aber andererseits dieser Wert dem tatsächlichen Nachlaß hinzugerechnet wird, wenn es darum geht, die Erbberechtigung des nachfolgeberechtigten Miterben festzustellen.

In Wirklichkeit weist damit der BGH dem nachfolgeberechtigten Miterben die Mitgliedschaft, soweit sie in den Nachlaß gefallen ist, also einen Nachlaßgegenstand, an dessen Vermögenswert nach dem bürgerlichen Erbrecht alle Erben berechtigt sein könnten und müßten, unter Ausschluß der übrigen Miterben zu. Diese Form der Vererbung aber ist typisch für die Sondererbfolge.

Auf die vom BGH vertretenen Grundthesen bezogen wäre deshalb die gewonnene Lösung bereits in ihrem ersten Teil (unmittelbare Nachfolge in die Teilmitgliedschaft) fehlerhaft.

5. Ungeachtet der Bedenken gegen die Ausgangsthese des BGH von der Zulässigkeit des Teilausschlusses gegenüber den nicht nachfolgeberechtigten Miterben soll im folgenden ihre Richtigkeit unterstellt und die Konstruktion in ihren rechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen untersucht und gewürdigt werden.

Die Nachfolge in den gesamten Vermögenswert der Mitgliedschaft kann nach Auffassung des BGH nur auf einem Umweg erreicht werden. Der Ausschluß des Abfindungsanspruchs im Falle der qualifizierten Nachfolge sei regelmäßig dahingehend auszulegen, daß in ihm die vertragliche Verpflichtung der überlebenden Gesellschafter begründet werde, den " ihnen beim Tode des einen Gesellschafter s z u g e w a c h s e n e n " (Hervorhebung vom Verfasser) "Teil seines Gesellschaftsanteils auf den in die Gesellschaft automatisch eingetretenen Gesellschafter-Miterben " zu übertragen, "und zwar dergestalt, daß der Gesellschafter-Miterbe auf diesem Wege einen

Gesellschaftsanteil in gleicher Höhe wie sein Erblasser erhält" ⁷⁾).

Von besonderem Interesse bei dieser Konstruktion ist die Frage, was unter dem "zugewachsenen Teil des Gesellschaftsanteils" zu verstehen und wie die Zuwachsung selbst zu erklären ist.

Die Anwachsung, die beim Ausscheiden eines Gesellschafters eintritt, kann damit nicht gemeint sein. Sie bezieht sich nur auf die gesamthänderische Mitberechtigung an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens und ist von der wertmäßigen Beteiligung unabhängig ⁸⁾. Eine Verstärkung der Mitverfügungsmacht der Altgesellschafter tritt darüberhinaus bei der qualifizierten Nachfolge eines Miterben gar nicht ein. Die Gesamthandsberechtigung bleibt vielmehr durch den Tod des Gesellschafters unverändert, weil die Zahl der am Gesellschaftsvermögen beteiligten Personen wegen der Nachfolge des fortsetzungsberechtigten Miterben keine Änderung erfährt.

Mit "Zuwachsung" kann daher nur die wertmäßige Verstärkung der Rechtsstellung der überlebenden Gesellschafter gemeint sein. Sie ist damit zu erklären, daß der Erblassergesellschafter, - wie oben dargelegt -, durch den "Ausschluß des Abfindungsanspruchs" den auf die weichenden Miterben entfallenden Teil seiner kapitalistischen Beteiligung auf die Gesellschafter übertragen hat, im Unterschied zu dem oben besprochenen Fall (§ 138 HGB) aber nur treuhänderisch ⁹⁾. Die Gesellschafter wären dann unmittelbar nach dem Erbfall verpflichtet, die als Treugut erworbenen Vermögensrechte auf den Gesellschaftermiterben durch "mitgliedschaftsverstärkenden" Vertrag ¹⁰⁾ zu übertragen. Aus Treu und Glauben ergebe sich dann nach Ansicht des BGH für den nachfolgeberechtigten Miterben eine entsprechende Ausgleichs-

7) Vgl. BGHZ Bd.22 S.196.

8) Vgl. Siebert, BB 1957 S.20 und Gesellschaftsvertrag S.6.

9) Vgl. Kipp-Coing, S.389, wo allerdings mißverständlich von treuhänderischer Übertragung des "Kapitalanteils" die Rede ist. Der Kapitalanteil ist aber kein übertragbares Recht; er ist nur eine Rechnungsgröße, welche die Vermögensbeteiligung sichtbar macht.

10) Vgl. Siebert, BB 1957 S.19.

pflicht gegenüber seinen Miterben. Denn ohne entsprechende Verfügung von Todes wegen könne ein Miterbe gegenüber den anderen nicht mehr erhalten, als seinem Anteil an der Erbschaft entspreche¹¹⁾.

II.

1. In dem Bestreben, das bürgerliche Erbrecht möglichst ohne Abweichung zur Anwendung zu bringen, hat der BGH auf der Grundlage des Ausschlusses des Abfindungsanspruchs ein Ergebnis gefunden, das paradoxerweise in seinen Auswirkungen die beabsichtigte erbrechtliche Gesetzestreue in ihr Gegenteil verkehrt. Dies haben besonders Hueck¹²⁾ und Siebert¹³⁾ in ihrer Kritik an der Entscheidung des BGH klar herausgestellt.

Den entscheidenden Einwand erheben Hueck und Siebert gegen den Erwerb der zur vollen Mitgliedschaft fehlenden Restanteile durch *V e r t r a g* zwischen den Altgesellschaftern und dem Miterbengesellschafter, also durch Rechtsgeschäft unter Lebenden. Daraus würde streng genommen folgen, daß die Mitgliedschaft in Höhe des zu übertragenden Wertes nicht zum Nachlaß gehört und daß insoweit weder Ausgleichsansprüche der Miterben entstehen können noch eine Zugriffsmöglichkeit für die Nachlaßgläubiger besteht, wenn der Gesellschaftermiterbe seine Haftung auf den Nachlaß beschränkt. Siebert hält eine so weitgehende Ausschaltung erbrechtlicher Grundregeln angesichts der Tatsache, "daß es sich wirtschaftlich und lebensmäßig um eine Nachfolge in die gesamte Mitgliedschaft handelt", für untragbar¹⁴⁾.

Zum Ersatz für die ausgeschalteten Normen des Erbrechts muß der BGH auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückgreifen, um eine Ausgleichspflicht gegenüber den übrigen Miterben zu begründen. Die Belange der Nachlaßgläubiger werden vom BGH nicht erörtert. Macht man sich weiterhin die zahlreichen Schwierigkeiten rechtlicher und praktischer Art gegenwärtig, so wird man nicht mehr zögern, die Konstruktion des BGH als gekünstelt¹⁵⁾ und in ihren Folgen lebensfremd ab-

11) Vgl. BGHZ Bd.22 S.197.

12) Vgl. Hueck, JZ 1957 S.223.

13) Vgl. Siebert, BB 1957 S.19.

14) Vgl. Siebert, BB 1957 S.20.

15) Vgl. auch Kipp-Coing, S.390 Anm.44a.

zulehnen¹⁶⁾.

2. Die Ursache für die Konstruktion und das Ergebnis des BGH war das bürgerlich-erbrechtliche Axiom, das der BGH im übrigen selbst unbewußt verletzt hat, daß der Gesellschaftermiteerbe nur so viel u n m i t t e l b a r erlangen könne, wie ihm aufgrund seines Erbrechts zustehe. Deshalb glaubte der BGH, die Vollnachfolge nur mit Hilfe des Ausschlusses des Abfindungsanspruchs der Miterben, nach der hier vertretenen Auffassung also mit Hilfe der treuhänderischen Übertragung des Restvermögenswertes, auf dem Umweg über einen Vertrag unter Lebenden erreichen zu können.

Eine rechtlich tragbare, dem Lebensvorgang entsprechende Lösung läßt sich daher nur finden, wenn man den Grundsatz, daß der einzelne Erbe im Erbgang unmittelbar nur so viel, wie es seinem Erbrecht entspricht, erwerben kann, aufgibt. Dogmatisch kann die erbrechtliche Nachfolge des Gesellschaftermiterben in den gesamten Gesellschaftsanteil nur durch eine echte S o n d e r e r b f o l g e in die ungeteilte Mitgliedschaft befriedigend erklärt werden. Der Abfindungsanspruch der übrigen Miterben k a n n dann nicht mehr entstehen, weil der S o n d e r e r b e von vorneherein die Mitgliedschaft einschließlich ihres ganzen Vermögenswertes im Erbgang erwirbt¹⁷⁾.

Umgekehrt vermag der Ausschluß des Abfindungsanspruchs die a u t o m a t i s c h e Nachfolge in die gesamte Mit-

16) Folgende Fragen sind der Anmerkung Huecks, JZ 1957 S.223, zum Urteil des BGH vom 22. 11. 1956 (BGHZ Bd.22 S.186) entnommen:

Die Altgesellschafter erfüllen ihre Pflicht zur "Auf-füllung" der Mitgliedschaft nicht. Der Erbengesellschafter ist dann genötigt, Klage gegen sie zu erheben. Wie erfolgt dann in der Zwischenzeit die Gewinnverteilung? Haben die Gesellschafter den Gewinn, der auf die Restanteile des Erblassers entfällt, an den Gesellschaftermite-
erben herauszugeben? In welchem Umfang? Nur nach Berei-
cherungsgrundsätzen? - Was geschieht, wenn der Erbe den
Anspruch auf Verstärkung der Mitgliedschaft nicht gel-
tend macht? Kann er dazu gezwungen werden; etwa durch
seine Nachlaßgläubiger oder Eigengläubiger?

17) Vgl. Siebert, BB 1956 S.838: "Da die Mitgliedschaft in vollem Umfang, auch in ihrem vollen Vermögenswert, ver-
erbt wird, kommen Abfindungsansprüche der nicht nachfol-
geberechtigten Miterben gegen die Gesellschaft nicht in
Betracht."

gliedschaft nicht zu bewirken¹⁸⁾. Er kann konstruktiv nur zu dem Ergebnis des BGH führen, erzeugt also letztlich nur schuldrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen auf Seiten des Miterbengesellschafters und der Altgesellschafter¹⁹⁾, bewirkt aber keine unmittelbar dingliche Vollnachfolge in die Mitgliedschaft²⁰⁾. Ein im Grunde einheitlicher Lebensvorgang wird damit in eine "Kombination von Erbfolge und Rechtsübertragung unter Lebenden" aufgespalten²¹⁾.

§ 21. Die Sondererbfolge als dogmatische Grundlage der unmittelbaren Vollnachfolge des Miterbengesellschafters.

I.

Eine positiv-rechtliche Grundlage für die Sondererbfolge besteht nicht. Dies hat besonders Siebert stets deutlich ausgesprochen¹⁾.

Von daher gesehen ist es verständlich, daß der BGH eine unmittelbare Vollnachfolge nicht angenommen hat und daß die Versuche, die Sondererbfolge zu begründen, in wesent-

18) Der Ausschluß des Abfindungsanspruchs besagt nur, daß beim "Teilausscheiden" des Gesellschafters kein Zahlungsanspruch gegen die Gesellschaft entstehen kann, bewirkt aber nicht den automatischen Übergang des dadurch gebundenen Vermögenswertes der Mitgliedschaft auf den Gesellschaftermiterben.

19) Eine Rechtsnachfolge der übrigen Miterben in schuldrechtliche Bindungen des Erblassers (RGZ Bd.145 S.294; Hueck, OHG S.267; Hueck, JZ 1957 S.223) wird hier nicht angenommen, weil der Erblasser über den Vermögenswert der Mitgliedschaft verfügt hat und ein Abfindungsanspruch deshalb nicht entstehen kann. Wird nur eine schuldrechtliche Bindung angenommen, dann müßte ein Abfindungsanspruch zwar entstehen, könnte dann aber nicht geltend gemacht werden.

20) Die hier vertretene rechtliche Unabhängigkeit der Sondererbfolge vom Ausschluß des Abfindungsanspruchs kommt auch bei Siebert, BB 1957 S.19,20 zum Ausdruck: "Der BGH lehnt aber eine sich von selbst ergebende Voll-Nachfolge des Nachfolgeberechtigten auf Grund des Erbrechts, wie sie bei Annahme einer Sondererbfolge entstehen würde, ab."

21) Vgl. Kipp-Coing, S.389.

1) Vgl. Siebert, BB 1957 S.19; ders., NJW 1955 S.811.

lichen Punkten voneinander abweichen.

1. Zunft²⁾ will die Begründung für die Sondernachfolge allein § 139 HGB entnehmen können. Er ist der Ansicht, daß bereits die Einzelnachfolge der Erbenmehrheit in die geteilte Mitgliedschaft eine Sondererbfolge in einen bestimmten Nachlaßgegenstand sei. Diese Sondererbfolge in die Bruchteile der Mitgliedschaft würde im Falle der qualifizierten Nachfolge zu dem Schlusse berechtigen, daß der Miterbengesellschafter den gesamten Gesellschaftsanteil erwerbe.

Es wurde bereits oben³⁾ festgestellt, daß die Einzelnachfolge der mehreren Miterben nicht als Sondererbfolge bezeichnet werden kann. Die Einzelnachfolge beseitigt nicht das Prinzip der Nachfolge *a l l e r* Erben in das *g e s a m t e* Vermögen, sondern nur das *d e s g e s a m t - h ä n d e r i s c h e n* Rechtserwerbs⁴⁾. Die Einzelnachfolge der Erbenmehrheit in die geteilte Mitgliedschaft läßt sich daher nicht mit der Vollnachfolge des Erbengesellschafters vergleichen, bei der das Erblasservermögen tatsächlich aufgespalten und in seinen Teilen auf verschiedene Rechtsträger vererbt werden soll. Die Vollnachfolge kann deshalb nicht aus der Einzelnachfolge des § 139 HGB hergeleitet werden.

2. Auch die Begründung, die Reinickes⁵⁾ geben, hält einer näheren Nachprüfung nicht stand. In ihrem Kern lautet sie: " Ist ein Erbe nur zu einem Bruchteil Erbe geworden, ist ein Nachlaßgegenstand aber ausschließlich für ihn vererblich und kann dieser Gegenstand der Erbengemeinschaft auch nicht vorübergehend gehören, so steht der Nachlaßgegenstand dem Miterben im Augenblick des Erbfalles allein und in vollem Umfang zu."

Der Begründung ist zuzustimmen, soweit die Mitgliedschaft selbst und ihre personenrechtlichen Bestandteile sowie die gesamthänderische Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen in Frage stehen. Diese Rechte und Rechtsverhält-

2) Vgl. Zunft, NJW 1957 S.1131.

3) Vgl. § 8 I Ziff.2 S.31,32 oben.

4) Auch Siebert, Gesellschaftsvertrag S.23,24 verquickt zu Unrecht Einzelnachfolge und Sondererbfolge.

5) Vgl. G. u. D. Reinicke, NJW 1957 S.563.

nisse können in der Tat nur dem nachfolgeberechtigten Miterben zustehen, weil die Nachfolgeklausel sie nur für ihn vererblich gestaltete. Insoweit ist Reinickes auch darin beizupflichten, daß eine der Ausfüllung bedürftige Lücke vorliegt, weil das BGB nur vererbliche und unvererbliche, nicht aber solche Rechte kennt, die für einen Miterben vererblich, für den anderen aber nicht vererblich sind.

Die Rechtsprechung hat dementsprechend auch nicht gezögert, die beschränkt vererblichen Teile der Mitgliedschaft durch Annahme einer echten Sondererbfolge im Wege der Lückenergänzung dem Gesellschaftermiterben zuzuweisen⁶⁾.

Die Unvererblichkeit der Mitgliedschaft besteht für die ausgeschlossenen Erben aber nur hinsichtlich jener Teile, die zwingend die Gesellschaftereigenschaft ihres Rechtsträgers erfordern. Diese notwendige Verbundenheit mit der Rechtsstellung als Gesellschafter besteht aber für den Vermögenswert der Mitgliedschaft, der sogar in der Form, wie ihn ein Gesellschafter besitzt, auf einen Nichtgesellschafter übertragen werden kann, gerade nicht.

3. Auch Sieberts Begründung der Sondererbfolge ist nicht einheitlich und befriedigend.

a) Sie ist im Ausgangspunkt richtig, wenn Siebert⁷⁾ eine Erbfolge fordert, bei der Kapital- und Verwaltungsrechte unmittelbar und ungeteilt auf den Nachfolgeberechtigten übergehen. Sie ist aber unrichtig, wenn Siebert meint, dieses Ergebnis könne konstruktiv allein durch die vollständige Ausschaltung der Miterbengemeinschaft erreicht werden. Von der Aufgabe der gesamthänderischen Erbengemeinschaft wird nur die **R e c h t s f o r m** des Erwerbes, nicht aber ihr **U m f a n g** betroffen. Der erbrechtliche Grundsatz, daß alle Miterben an allen Gegenständen der Erbschaft berechtigt sind, wird durch die selbständige Nachfolge der Miterben nicht angetastet. Die Einzelnachfolge aller Miterben ist wirtschaftlich gesehen nichts anderes als eine gesetzlich vorweggenommene Erbteilung. Es besteht also insoweit keine Beziehung zwischen **F o r m** und **U m f a n g** des Rechtsenerwerbs. Die Sondererbfolge in die gesamte Mitgliedschaft

6) Vgl. § 17 II Ziff.2 S.78 oben.

7) Vgl. Siebert, NJW 1955 S.811.

bei beschränkter Vererblichkeit der Beteiligung ist ein von der Gesamthandsproblematik des § 139 HGB scharf zu unterscheidendes Problem.

b) An anderer Stelle⁸⁾ versucht Siebert die Sondererbfolge in die gesamte Mitgliedschaft mit dem Hinweis auf die verwandten Tatbestände im Höfe- und Heimstättenrecht zu rechtfertigen, in denen der Gesetzgeber mit dem Ziele, die Wirtschaftseinheit Hof oder Heimstätte wirtschaftlich lebensfähig zu erhalten, eine echte Sondererbfolge zugelassen hat. Wie weit dieser Gedanke etwa im Wege der Analogie auf das Gesellschaftsrecht zu übertragen sei, läßt Siebert dahingestellt⁹⁾, weil nach seiner Meinung die Sondererbfolge nicht aus dem Interesse des Unternehmens, sondern aus der persönlichen Natur der Mitgliedschaft gefordert wird.

Die Nachfolge des Gesellschaftermiterben in die gesamte Mitgliedsstellung des Erblassers wird aber allein aus dem wirtschaftlichen Gesichtspunkt der personellen und kapitalmäßigen Unternehmenskontinuität gewünscht¹⁰⁾, nicht aber aus der rechtlichen Natur des Mitgliedschaftsverhältnisses zwingend gefordert. Insofern besteht wirklich eine weitgehende Ähnlichkeit der wirtschaftlichen Gegebenheiten im Höfe- und Gesellschaftsrecht.

II.

1. Der vorstehende Überblick hat zwei Dinge erkennbar werden lassen: Das Bedürfnis nach einer Sondernachfolge des Gesellschaftermiterben in die gesamte Mitgliedschaft und das Fehlen einer positiv-rechtlichen Grundlage für sie. Bei dieser Situation ist es daher letztlich eine Wertentscheidung, ob die Vollnachfolge abgelehnt oder aber als notwendiges und vernünftiges Mittel, ein anerkanntes Lebensergebnis zu verwirklichen, bejaht wird¹¹⁾.

8) Vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag S.24 u. BB 1957 S.19.

9) Vgl. Siebert, Gesellschaftsvertrag S.24.

10) Vgl. § 18 I Ziff.2 S.84 oben.

11) Vgl. Schlegelberger, § 139 Anm.25, der den Gedanken der Sondererbfolge, auch wenn ihm die positiv-rechtliche Grundlage fehlt, als ausreichende dogmatische Erklärung genügen läßt.

Die Entscheidung haben Rechtsprechung und Lehre in ihrem überwiegenden Teil zugunsten des Erwerbes der gesamten Mitgliedschaft getroffen. Es kann daher nur noch darum gehen, das gemeinsame wirtschaftliche Endergebnis auf die sachgerechteste dogmatische Grundlage zu stellen, auch wenn dies den Mut "zur Ergänzung des Erbrechtes durch eine schöpferische Rechtsentwicklung"¹²⁾ erfordert.

Daß die vom BGH vorgeschlagene Lösung gekünstelt ist und zu untragbaren Folgerungen zwingt, wurde bereits oben festgestellt. Wenn demgegenüber die Sondererbfolge den einfacheren und besseren Weg bringt, sollte nicht mehr gezögert werden, sie als rechtmäßige Grundlage für die Nachfolge eines Miterben in die gesamte Mitgliedschaft anzuerkennen.

2. Bereits bei der Darstellung der qualifizierten Nachfolge des Miterbengesellschafters in die Mitgliedschaft zu einem vermögensmäßigen Bruchteil, der durch seine Erbquote bestimmt ist, wurde nachgewiesen, daß der unmittelbare Erwerb des personenrechtlichen Teils der Mitgliedschaft nur mit Hilfe einer Sondererbfolge erklärt werden kann. Die Rechtsprechung hat also, ohne dies ausdrücklich auszusprechen, abweichend vom Grundsatz der Nachfolge aller Erben in das gesamte Vermögen eine echte Sondererbfolge angenommen und als zulässig behandelt.

3. Die Sondererbfolge in die Teilmitgliedschaft wurde als automatische Folge der den Gesellschaftern herrschend zugebilligten Rechtsmacht, den personenrechtlichen Teil der Mitgliedschaft durch Vertrag nur für einen bestimmten Erben vererblich zu gestalten, erkannt. Die qualifizierte Nachfolgeklausel bewirkt demnach notwendig eine Spaltung des vererblichen Vermögens des Erblassers in zwei Teile, die in die Rechtszuständigkeit verschiedener Erbenkreise gelangen. Die Rechtsprechung hat also in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre den Gesellschaftern die Befugnis zuerkannt, durch Vereinbarung der qualifizierten Nachfolge, also durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ohne Bindung an erbrechtliche Formvorschriften, die Grundlage einer echten Sondererbfolge entgegen dem bürgerlichen Erbrecht zu schaffen.

12) Vgl. Siebert, NJW 1955 S.811.

Die Sondererbfolge in die g e s a m t e Mitglied-
schaft scheiterte daran, daß die gesellschaftliche Be-
teiligung nicht eine notwendig unlösbare Einheit von Ver-
waltungs- und Vermögensrechten ist, sondern hinsichtlich
ihres Vermögenswertes gespalten und getrennt vererbt wer-
den kann. Die Aufteilung des Vermögenswertes der Mitglied-
schaft auf alle Miterben war die Folge des Grundsatzes,
daß alle Erben an allen Vermögenswerten des Erblasserver-
mögens rechtlich unmittelbar und wirtschaftlich nach Maß-
gabe ihres Erbrechts teilhaben.

4. Der grundsätzliche Ausgangspunkt soll auch nicht auf-
gegeben werden. Wenn aber nach dem Willen der Gesellschaf-
ter der nachfolgeberechtigte Miterbe unmittelbar die ge-
samte Mitgliedschaft erwerben soll, so kann dies vernünftig
nur in der Weise erreicht werden, daß man die Rechtsmacht
der Gesellschafter, die Sondererbfolge in die "Teilmitglied-
schaft" durch Vertrag anzuordnen, auf die g e s a m t e
gesellschaftliche Beteiligung e r w e i t e r t . Die
Gesellschafter haben dann die Fähigkeit, die vermögenswer-
ten und personenrechtlichen Bestandteile durch die quali-
fizierte Nachfolgeklausel zur u n t r e n n b a r e n
E i n h e i t z u v e r s c h m e l z e n , die d a n n
n o t w e n d i g a u f d e n a l l e i n p a s s i v
e r b f ä h i g e n M i t e r b e n ü b e r g e h t . Da-
mit bewirkt zwar der Gesellschaftsvertrag keineswegs den
Übergang der Mitgliedschaft, - es bleibt insoweit bei §1922
BGB als Verfügungstatbestand - , der Gesellschaftsvertrag
kann aber dann dadurch, daß er das Mitgliedschaftsverhält-
nis zur untrennbaren Einheit umgestaltet hat, auf den Um-
fang des erbrechtlichen Rechtserwerbs des Nachfolgeberech-
tigten unmittelbar Einfluß nehmen.

5. Mit diesen Überlegungen ist den Ansichten Sieberts,
Reinickes' und Zunft¹³⁾ Rechnung getragen, die von der
grundsätzlichen Einheit der Mitgliedschaft ausgehen und von
daher gesehen im Falle der qualifizierten Nachfolge stets
zur Sondererbfolge in die gesamte Gesellschafterstellung
kommen. Von ihnen unterscheidet sich die hier vorgetragene
Auffassung dadurch, daß sie eine b e s o n d e r e g e -

13) Vgl. Siebert, BB 1956 S.838; G.u.D. Reinicke, NJW 1957
S.563; Zunft, NJW 1957 S.1131.

gesellschaftsvertragliche Vereinbarung fordert, in welcher die Gesellschafter ihren Willen¹⁴⁾ zur Vollnachfolge bekunden, um die Aufspaltung der vermögensmäßigen Beteiligung zu verhindern. Dann freilich bestimmt der Gesellschaftsvertrag nicht nur die Art des Rechtserwerbs¹⁵⁾, sondern, wie dies Zunft¹⁶⁾ festgestellt hat, auch dessen Umfang.

Diese weitreichende Bedeutung des Gesellschaftsvertrags klingt auch bei Hueck und Siebert an.

Hueck spricht von der "die normale Gestaltung der Rechtsbeziehungen unter den Miterben abändernden Kraft der gesellschaftsvertraglichen Regelung"¹⁷⁾ und Siebert erklärt die Sondernachfolge als "Ergebnis der eigentümlichen Verbindung von Gesellschaftsvertrag und Erbrecht"¹⁸⁾¹⁹⁾.

6. Das Ergebnis soll in seinen wesentlichen Gedanken und Grundlagen zusammenfassend noch einmal dargestellt werden:

a) Die Vereinbarung der auf einen bestimmten Erben beschränkten Nachfolgeberechtigung ist zulässig.

b) Die automatische Folge der qualifizierten Nachfolgeklausel ist die unmittelbare erbrechtliche Sondernachfolge des Gesellschaftermiterben in das Mit-

14) In der Vereinbarung, daß die Miterben keinen Abfindungsanspruch erhalten sollen, kommt dieser Wille zum Ausdruck. Es muß aber genügen, wenn die Gesellschafter im Vertrag die Vollnachfolge des Gesellschaftermiterben bestimmen. Dies kann ausdrücklich geschehen; der entsprechende Wille kann aber auch durch Auslegung gefunden werden.

15) Vgl. BGHZ Bd.22 S.194.

16) Vgl. Zunft, NJW 1957 S.1132.

17) Vgl. Hueck, JZ 1957 S.223; ders., DNotZ 1952 S.554:

"M.E. ist in solchen Fällen" (angesprochen ist hier auch die qualifizierte Nachfolge) "dem Gesellschaftsvertrag der Vorrang einzuräumen.

18) Vgl. Siebert, BB 1956 S.838.

19) Kaufmann, JZ 1959 S.523, wendet sich gegen die vermeintliche Bevorzugung des Gesellschaftsrechtes und verneint, daß die Interessen der Gesellschaft schutzwürdiger seien als die der Erben und Nachlaßgläubiger. Kaufmann erkennt aber, daß die Sondererbfolge als notwendige dogmatische Grundlage der unmittelbaren Vollnachfolge im Endergebnis weder die Interessen der Nachlaßgläubiger, die hier im Gegensatz zur Lösung des BGH auf die im Erbgang erworbene Mitgliedschaft unmittelbar Zugriff nehmen können, noch die der Miterben verletzt, die durch Ausgleichsansprüche geschützt sind.

gliedschaftsverhältnis in seinem personenrechtlichen Teil.

c) Der Vermögenswert der Beteiligung wird unmittelbar beim Erbfall gespalten. Der Gesellschaftermiterbe erbt ihn als Gewinnanspruch und Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben in Höhe seiner Erbquote. Im übrigen erwerben die ausgeschlossenen Miterben den Vermögenswert zur gesamten Hand in Form des Abfindungsanspruchs gegen die Gesellschaft.

d) Es liegt jedoch im Interesse der Gesellschaft, daß der Nachfolger den Vermögenswert der Mitgliedschaft unmittelbar in vollem Umfang erwirbt, um den Bestand der CHG sicherzustellen. Dieses Interesse wurde in der Rechtsprechung anerkannt.

e) Eine unmittelbare erbrechtliche Nachfolge des Gesellschaftermiterben in die gesamte Mitgliedschaft ist konstruktiv nur möglich, wenn sich die Mitgliedschaft als Einheit vererbt. Die Gesellschafter können durch Vertrag die Einheit der Beteiligung für den Erbfall festlegen. Die Vertragsbestimmung bedarf keiner besonderen erbrechtlichen Form.

f) Die Mitgliedschaft ist dann als Einheit nur für die zur Nachfolge zugelassene Person vererblich. Ihr Übergang wird durch § 1922 BGB als Verfügungstatbestand bewirkt. Dogmatisch handelt es sich um eine Sondererbfolge²⁰⁾ in einen Nachlaßgegenstand, die durch die Gestaltungsmacht der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag vorbereitet wurde.

g) Da die Gesellschafterstellung in vollem Umfang vererbt wird, können Abfindungsansprüche der ausgeschlossenen Miterben gegen die Gesellschaft nicht entstehen.

20) Vgl. Kipp-Coing, S.391 im Gegensatz zu Kipp-Coing, 10.Aufl. 1955 S.320.

§ 22. Die Ausgleichsansprüche zwischen den Erben bei der Sondererbfolge eines Miterben in die gesamte Mitgliedschaft.

I.

Gesellschaftsvertrag und Erbfolge wirken zusammen, um das Interesse der Gesellschaft an ihrem ungeschwächten Bestand durch die Sondererbfolge des nachfolgeberechtigten Miterben in die gesamte Beteiligung zu verwirklichen. Ein Abfindungsanspruch der ausgeschlossenen Miterben gegen die Gesellschaft kann dann nicht entstehen, weil der Gesellschaftermiterbe den gesamten Vermögenswert der Beteiligung kraft Sondererbrechts erworben hat.

Unabhängig vom Verhältnis der ausgeschlossenen Miterben zur Gesellschaft ist die Frage, ob, in welcher Art und welchem Umfang die Miterben im Verhältnis zum Sondererben Ausgleich für dessen Mehrerwerb verlangen können. Wie bereits erwähnt, ist die Vollnachfolge in die Mitgliedschaft durch nur einen von mehreren Erben grundsätzlich nur von dem Bestreben der Gesellschafter geleitet, das *U n t e r n e h m e n* leistungsstark zu erhalten und die Lebensstellung der Gesellschafter nicht durch Abfindungszahlungen, die unter Umständen zur Auflösung der Gesellschaft zwingen, zu gefährden. Die Sondererbfolge des Gesellschafternachfolgers, die das allein taugliche dogmatische Mittel im Bereich des Erbrechts ist, um das wirtschaftlich gebilligte Ergebnis zu verwirklichen, soll aber grundsätzlich nicht eine *e n d g ü l t i g e* vermögensmäßige Besserstellung des Nachfolgers im Verhältnis zu den Miterben schaffen¹⁾. Die mit dem Erbfall automatisch eintretende wirtschaftliche Bevorzugung des Gesellschaftermiterben kann daher, wenn nicht eine letztwillige Verfügung einen anderen Willen erkennen läßt, nur vorübergehend vorhanden sein und muß unter den Miterben im Verhältnis des Wertes der einzelnen Erbberechtigungen ausgeglichen werden.

1) Vgl. G. u. D. Reinicke, NJW 1957 S.563 und Siebert, Gesellschaftsvertrag S.24.

II.

Über die grundsätzliche Pflicht des Sondererben, die weichenen Miterben abzufinden, besteht weitgehende Übereinstimmung²⁾. Wie die Ausgleichspflicht zu begründen ist und in welchem Umfang die Miterben abzufinden sind, ist noch wenig geklärt.

1. Die Beantwortung der mit dem Ausgleich zusammenhängenden Fragen hängt wesentlich von der Klärung des erbrechtlichen Verhältnisses der Mitgliedschaft als Gegenstand der Sondererbfolge zum übrigen Nachlaß ab. Da der Übergang der Mitgliedschaft durch das Erbrecht bewirkt wird, ist sie ein Teil der Hinterlassenschaft, an deren Wert jeder Erbe nach der Größe seines Erbteils wirtschaftlich beteiligt werden muß³⁾. Die Sondererbfolge in die gesamte Mitgliedschaft darf nur die formal-rechtliche, nicht aber die wirtschaftliche Vermögenszuweisung des Erbrechts abändern. Daß die Mitgliedschaft nicht zum gemeinschaftlichen Nachlaß gehört, an dem alle Erben unmittelbar als Gesamthänder beteiligt sind, hindert nicht, ihren vollen Wert dem gemeinschaftlichen Nachlaßvermögen hinzuzurechnen und in die Auseinandersetzung miteinzubeziehen⁴⁾, da der Gesellschaftermiterbe mangels einer entsprechenden Verfügung von Todes wegen letztlich wirtschaftlich nicht mehr als den Wert seines Erbteils erhalten soll. Der wirtschaftliche Gesamtwert des Nachlasses ist dann unter den Erben entsprechend ihren Erbquoten zu verteilen.

Der Erwerb der Mitgliedschaft durch Sondererbfolge ist in Bezug auf die Wertanrechnung in der Auseinandersetzung der Zuweisung eines Gegenstandes durch Teilungsanordnung vergleichbar. Der Erbe hat sich bei dieser den Wert des zugewiesenen Gegenstandes voll auf den Erbteil anrechnen zu lassen. Er soll durch die Teilungsanordnung wertmäßig im Ver-

2) Vgl. BGHZ Bd.22 S.197; Hueck, JZ 1957 S.223; ders., OHG S.267; Siebert, BB 1956 S.839; ders., Gesellschaftsvertrag S.24; Kipp-Coing, S.391; G. u. D. Reinicke, NJW 1957 S.563.

A.A.: Zunft, NJW 1957 S.1132 und Weipert, § 139 Anm.12; letzterer nimmt eine Ausgleichspflicht nur an, wenn sie letztwillig angeordnet ist.

3) Vgl. Liebisch, ZHR Bd.116 S.150.

4) Vgl. Siebert, BB 1956 S.839.

hältnis zu den Miterben nicht bevorzugt sein⁵⁾).

2. Mit der Erkenntnis, daß die Mitgliedschaft zur Erbschaft gehört, an der alle Miterben wirtschaftlich entsprechend ihren Erbteilen zu beteiligen sind, bedarf es auch keiner besonderen Norm, auf welche die Ausgleichsansprüche gestützt werden können⁶⁾. Die Wertanrechnungs- bzw. Ausgleichspflicht ist die selbstverständliche Folge der Zuweisung eines Erbschaftsgegenstandes an einen durch letztwillige Verfügung nicht bevorrechtigten Miterben, die hier im Unterschied zu den Möglichkeiten⁷⁾ des allgemeinen Erbrechts⁸⁾ vorweg durch die Sondererbfolge mit dinglicher Wirkung erfolgt⁹⁾.

3. Die zum Vergleich herangezogenen Höfeordnungen bestätigen das gewonnene Ergebnis. Auch bei der Nachfolge des Sondererben in den Hof geht es nicht darum, den Hoferben vermögensmäßig zu privilegieren, sondern um die Erhaltung des ungeteilten landwirtschaftlichen Besitztums. Im Einklang mit der hier für die Mitgliedschaft vertretenen Auffassung wird dementsprechend der Hof, der Gegenstand der Sondererbfolge ist, als Teil der Erbschaft bezeichnet und bestimmt, daß an seine Stelle im Verhältnis der Miterben untereinander der Hofeswert tritt¹⁰⁾.

5) Vgl. RG DR 1942 S.977.

6) Das verkennt Zunft, NJW 1957 S.1133, wenn er einwendet, daß es an einer gesetzlichen Grundlage für die Ausgleichspflicht fehle. Zunft ist allerdings zuzustimmen, soweit er §§ 2050 ff und 2301 BGB als Grundlage der Ausgleichspflicht ablehnt.

7) Die Zuweisung kann durch Teilungsanordnung aufgrund Verfügung von Todes wegen oder durch freiwillige Übertragung eines Erbschaftsgegenstandes auf einen Miterben in der Erbauseinandersetzung erfolgen.

8) Vgl. etwa die Zuweisung eines Landgutes in § 2049 BGB. § 2049 BGB begründet die selbstverständliche Wertanrechnungspflicht nicht; er gibt nur für ihre Höhe eine Auslegungsregel.

9) Man muß also nicht, wie dies G. u. D. Reinicke, NJW 1957 S.563 vorschlagen, zur Begründung der Ausgleichspflicht auf "die Wertung des § 2301 BGB" zurückgreifen.

10) Vgl. § 4 der HöfeO der Brit.Z. vom 24. 4. 1947 und § 14 der HöfeO in Rheinland-Pfalz vom 7. 10. 1953. Die Bestimmungen in den Höfeordnungen, welche sich mit den Ansprüchen der weichenenden Miterben befassen (§ 12 HöfeO Brit.Z. und § 21 HöfeO RhldPf), modifizieren deshalb nur eine nach dem allgemeinen Erbrecht bereits gegebene Rechtslage.

4. Bei der Sondererbfolge in die gesamte Mitgliedschaft hat der Ausgleich unter den Miterben primär durch entsprechende Berücksichtigung bei der Verteilung des übrigen Nachlasses zu erfolgen (Wertanrechnungspflicht)¹¹⁾. Reicht dessen Wert nicht aus, um die Ansprüche der ausgeschlossenen Miterben am Gesamtwert der Erbschaft zu befriedigen, so hat der Sondererbe für den Rest Ausgleich in Geld¹²⁾ aus dem eigenen Vermögen zu leisten (Abfindungspflicht)¹³⁾.

11) Vgl. Petersen, JZ 1960 S.212.

12) Vgl. Siebert, BB 1956 S.839.

Der Grundsatz der Begrenzung der Ausgleichspflicht für Vorempfänge nach § 2056 BGB kann nicht auf das Verhältnis zwischen Gesellschaftermitemben und ausgeschlossenen Miterben übertragen werden. Der Grund dieser Bestimmung, die Ausgleichspflicht des betroffenen Miterben auf seinen Anteil am Nachlaß zu begrenzen, hat seine Wurzeln im Institut der Idealkollation, nach welchem der Nachlaß tatsächlich nicht vergrößert wird (vgl. Planck, Erl. zu § 2056). Außerdem erwirbt der Sondererbe den Mehrwert im Unterschied zum Vorempfang des ausgleichspflichtigen Erben kraft Erbrechts. Es besteht daher für ihn nicht die schutzwürdige Lage des nach §§ 2050 ff BGB ausgleichspflichtigen Erben, der beim Empfang einer Zuwendung zu Lebzeiten davor sicher sein muß, daß diese zu einem ungewissen Zeitpunkt vielleicht teilweise an die Miterben zurückzuerstatten ist. Weiterhin wäre in §§ 2050 ff BGB der Kreis der ausgleichsberechtigten Miterben zu eng gezogen.

13) Beispiel: Der Gesellschafter A wird kraft Gesetzes von seinen vier Kindern zu gleichen Teilen beerbt. Eines von ihnen folgt als Sondererbe in die Mitgliedschaft des Erblassers nach. Der Wert der Mitgliedschaft beträgt 100.000.-- DM, der des übrigen Nachlasses 500.000.-- DM, der Gesamtwert der Erbschaft also 600.000.-- DM. In der Auseinandersetzung hat jedes Kind wertmäßig 150.000.-- DM zu beanspruchen. Der Sondererbe hat sich den wertmäßigen "Vorempfang" der Mitgliedschaft voll anrechnen zu lassen, erhält also aus dem übrigen Nachlaß nur noch einen Wert von 50.000.-- DM. Beträgt der Wert des übrigen Nachlasses nur 100.000.-- DM, der Gesamtwert also 200.000.-- DM, so entfällt auf jeden Erben ein Teilwert von 50.000.-- DM. Der Sondererbe hat sich auf den gemeinschaftlichen Nachlaß den Wert der Mitgliedschaft voll anrechnen zu lassen, d.h., da er seinen Erbteil wertmäßig schon empfangen hat, kann er aus dem gemeinschaftlichen Nachlaß nichts mehr beanspruchen. Dieser wird unter den drei übrigen Miterben zu gleichen Teilen aufgeteilt. Der Sondererbe hat aber über seine Erbberechtigung hinaus einen Wert von 50.000.-- DM durch den Sondererbfall erhalten und muß deshalb in dieser Höhe die Miterben durch Geldzahlungen abfinden.

5. Die Mitgliedschaft ist für die Ausgleichung zwischen den Miterben zu dem Wert in Ansatz zu bringen, den sie im Zeitpunkt des Erbfalles besaß und nicht zu ihrem Wert im Zeitpunkt der Auseinandersetzung unter den Miterben¹⁴⁾. Die Richtigkeit dieses Bewertungszeitpunktes folgt aus der Überlegung, daß die ausgeschlossenen Miterben, hätte sich die Mitgliedschaft getrennt nach personenrechtlichen und vermögensrechtlichen Bestandteilen vererbt¹⁵⁾, beim Erbfall in Höhe ihres Erbrechts einen Abfindungsanspruch erworben hatten, für dessen Berechnung der Wert der Mitgliedschaft im Zeitpunkt des "Teilausscheidens" des Erblassers maßgebend gewesen wäre¹⁶⁾. Soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, ist der Wert der Mitgliedschaft nach dem wirklichen Wert des Gesellschaftsvermögens und nicht nach den Buchwerten zu ermitteln¹⁷⁾.

III.

1. Ist der Wert des übrigen Nachlasses, verglichen mit dem der Beteiligung an der OHG, gering, so entstehen für den Sondererben Verbindlichkeiten gegenüber den Miterben, zu deren Erfüllung er mangels eigener frei verfügbarer Vermögenswerte nicht selten außerstande sein dürfte. Kommt es in diesem Falle zwischen den Miterben nicht zu einer gütlichen Einigung¹⁸⁾, so können die ausgleichsberechtigten Erben aufgrund eines Zahlungsurteils zur Befriedigung ihrer Ansprüche nach Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben die Gesellschaft kündigen¹⁹⁾, um den Vermögenswert der Mitgliedschaft aus der gesellschaftsrechtlichen Bindung zu lösen. Wenn die Altgesellschafter in diesem Fall nicht den Fortbestand der Gesellschaft unter sich den Privatgläubigern gegenüber erklären²⁰⁾, kommt es zur Auflö-

14) Vgl. Weipert, § 139 Anm.12.

15) Vgl. § 17 III Ziff.1 S.79 oben.

16) Vgl. Hueck, OHG S.292.

17) Vgl. Hueck, OHG S.292.

18) Die Miterben können etwa eine Stundung der Ausgleichsansprüche, die befristete Abtretung des Gewinnanspruchs oder die Abtretung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben zur Sicherheit vereinbaren.

19) Vgl. § 135 HGB.

20) Vgl. § 141 Abs.1 HGB.

sung der Gesellschaft²¹⁾. Da die Auszahlung der Abfindung an die Miterbengläubiger und den Erbgengesellschafter in vielen Fällen die Grenze der Leistungsfähigkeit des Unternehmens überschreiten wird, werden die Gesellschafter trotz ihres Willens zur Fortsetzung zur Liquidation der Gesellschaft gezwungen sein. Auf dem Umweg über die interne erbrechtliche Ausgleichspflicht unter den Miterben werden die Bemühungen der Gesellschafter, den Fortoestand der Gesellschaft und die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens durch die vertraglich vorbereitete Vollnachfolge eines Sondererben zu gewährleisten, zunichte²²⁾. Dieses vom Standpunkt der Erhaltung lebender Unternehmen unerfreuliche Ergebnis zwingt zu der Überlegung, ob und auf welche Weise Abhilfe geschaffen werden kann.

Zur Lösung dieses Problems kann an zwei verschiedene Gestaltungsmittel gedacht werden, die aus verschiedenen Bereichen, nämlich entweder aus der Sphäre des Erblassers mittels Verfügung von Todes wegen oder aus der aller Gesellschafter mit Hilfe des Gesellschaftsvertrages kommen.

2. Der Erblasser, dem es freisteht, einen Alleinerben einzusetzen und die gesetzlichen Erben von der Erbfolge auszuschließen, kann durch Verfügung von Todes wegen die Ausgleichspflicht des Gesellschaftsmiterben modifizieren, beschränken oder völlig ausschließen²³⁾.

So kann der Erblasser beispielsweise letztwillig anordnen²⁴⁾, daß die Ausgleichszahlungen in Teilbeträgen auf einen längeren Zeitraum erfolgen sollen oder, daß der Sondererbe die Miterben zu einer bestimmten Quote am Gesellschaftsgewinn so lange zu beteiligen hat, bis der Ausgleich erfolgt ist. Neben letztwilligen Anordnungen, welche nur die Auseinandersetzung regeln, kann der Erblasser von vorneherein die nicht nachfolgeberechtigten Miterben auf kleine Erbquoten

21) Vgl. § 131 Ziff.6 HGB.

22) Diese Gefahr besteht übrigens auch bei der Konstruktion des BGH, der den ausgeschlossenen Miterben aus Treu und Glauben Ausgleichsansprüche gegen den Sondererben zuerkennt.

23) Vgl. Siebert, BB 1956 S.839.

24) Rechtsgrundlage ist § 2048 S.1 BGB; es handelt sich um letztwillige Anordnungen, welche die Auseinandersetzung betreffen und an welche die Erben gebunden sind.

oder den Pflichtteil einsetzen, um die Ausgleichspflicht des Gesellschaftermiterben zu vermindern. Für den Erblasser besteht weiterhin die Möglichkeit, die Ausgleichsansprüche der weichenden Miterben durch Verfügung von Todes wegen zu beschränken oder ganz "auszuschließen".

In beiden Fällen handelt es sich um die Zuwendung eines Vermächtnisses²⁵⁾ an den Gesellschaftermiterben, mit dem entweder allein die ausgeschlossenen Miterben²⁶⁾ oder aber alle Miterben belastet sind²⁷⁾.

3. Soweit der Erblasser Anordnungen trifft, welche entweder die Erbteile der ausgleichsberechtigten Miterben kürzen oder ihre Erbteile mit Vermächtnissen zugunsten des Sondererben beschweren, finden sie für pflichtteilsberechtigte Erben²⁸⁾ ihre Grenze an den Bestimmungen der §§ 2305, 2306 BGB. Die nicht nachfolgeberechtigten Miterben können also entweder die Ergänzung ihres Erbteils auf den Pflichtteil verlangen²⁹⁾ oder die Beschwerde durch das Vermächtnis gilt als nicht angeordnet, wenn die hinterlassenen Erbteile die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht überschreiten. Ist der beschwerte Erbteil größer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so können die Miterben die Erbschaft ausschlagen und den Pflichtteil beanspruchen³⁰⁾.

25) Die beschwerten Miterben werden durch den "Ausschluß" der Ausgleichsansprüche verpflichtet, den bedachten Miterben von seiner beim Erbfall entstehenden Schuld zu befreien.

26) Es handelt sich dann um den Normalfall des Vermächtnisses; vgl. Staudinger-Boehmer, § 2150 Anm.1 und Motive V S.139.

27) Vorausvermächtnis nach § 2150 BGB.

28) Gerade bei pflichtteilsberechtigten Erben wird der Interessenkonflikt des Erblassers zwischen dem Interesse am Bestand des Unternehmens und der gerechten Bedenkung aller Erben auftreten.

29) Der Zusatzpflichtteil nach § 2305 BGB besteht in einer Geldforderung gegen den Sondermiterben.

30) Dies sollen folgende Beispiele verdeutlichen:

a) § 2305 BGB: Der Erblasser hinterläßt drei Kinder, A, B, C, von denen A zu 5/6 als Erbe eingesetzt und zum Nachfolger in die Gesellschaft bestimmt ist. Die Erbteile von B und C sind auf je 1/12 festgelegt. Der Gesamtwert des Nachlasses beträgt 120.000.-- DM, der Wert der Mitgliedschaft 110.000.-- DM. Der Wert der Erbteile des B und C beträgt einschließ- lich der Ausgleichsforderung gegen A in Höhe von je 5.000.-- DM je 10.000.-- DM. Da aber der Wert der

IV.

1. Unter III. wurde dargelegt, daß dem Erblasser zahlreiche Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um den ausgleichsverpflichteten Sondererben vor dem Verlust der Mitgliedschaft zu schützen und die Gesellschaft selbst im Interesse der lebenden Gesellschafter und aus der Treue zum Unternehmen als dem vielleicht eigenen Lebenswerk oder alten Familienbesitz möglichst leistungsstark und konkurrenzfähig zu erhalten.

Aber alle Anordnungen, welche auf diese Weise auf die Auseinandersetzung zwischen den Miterben Einfluß nehmen, verlangen Entscheidungen des Erblassers, die dem erbrechtlichen Formzwang unterliegen. Häufig jedoch wird der Erblasser, der vielleicht den Willen zu Anordnungen der beschriebenen Art hatte, noch vor Errichtung einer formgültigen Verfügung von Todes wegen sterben. Für die überlebenden Gesellschafter bedeutet es ein erhebliches Moment der Unsicherheit für die eigene Existenz, wenn die sie mittelbar bedrohende Belastung des Erbennachfolgers durch Aus-

Hälfte des gesetzlichen Erbteils 20.000.-- DM beträgt, haben B und C über den Ausgleichsanspruch hinaus Pflichtteilergänzungsansprüche gegen A in Höhe von je 10.000.-- DM.

- b) § 2306 Abs.1 S.1 BGB: Der Erblasser setzt im obigen Beispiel A zu $\frac{4}{6}$, B und C zu je $\frac{1}{6}$ zu Erben ein. Die Ausgleichsansprüche von B und C gegen A werden letztwillig ausgeschlossen. B und C, deren gesetzlicher Erbteil als Abkömmlinge des Erblassers je $\frac{1}{3}$ betragen würde, sind auf einen Erbteil eingesetzt, der genau der Hälfte des gesetzlichen entspricht. Die Beschwerung durch das Befreiungsvermächtnis zugunsten des A gilt ihnen gegenüber gem. § 2306 Abs.1 S.1 BGB als nicht angeordnet. B und C können daher von A je 15.000.-- DM als Ausgleich fordern.
- c) § 2306 Abs.1 S.2 BGB: Der Erblasser setzt A, B und C zu je $\frac{1}{3}$ als Erben ein, verfügt aber, daß der Gesellschafternachfolger A von Ausgleichszahlungen befreit sein soll. Dies würde bei den Ziffern des Beispiels zu a) bedeuten, daß B und C, obwohl ihre Erbteile größer als die Hälfte der gesetzlichen sind, durch die angeordnete Beschwerung aus der Erbschaft nur einen Wert von je 5.000.-- DM erhalten würden, der um 15.000.-- DM unter dem Wert ihres Pflichtteils liegt. In diesem Fall können B und C die Erbschaft gem. § 2306 Abs.1 S.2 BGB ausschlagen und von A die Auszahlung des Pflichtteils, also je 20.000.-- DM, verlangen.

gleichszahlungen allein von letztwilligen Verfügungen des Erblassers abhängt, auf deren Gestaltung sie rechtlich keinen Einfluß nehmen können.

2. Diese unsichere Lage legt es nahe zu untersuchen, ob für die Gesellschafter eine Möglichkeit besteht, durch Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag der aus den Ausgleichszahlungen des Miterbengesellschafters entstehenden Gefahr im Interesse der Gesellschaft zu begegnen. Aus der Berechtigung der Gesellschafter, den Ausschluß des Abfindungsanspruchs der Erben gegen die Gesellschaft zu vereinbaren³¹⁾, wodurch der Vermögenswert der Mitgliedschaft der Vererbung vollständig entzogen wird, könnte gefolgert werden, daß die Gesellschafter auch in der Lage seien, die Ausgleichsansprüche unter den Miterben im Interesse der Erhaltung des Unternehmens gleichfalls durch Vertrag wirksam auszuschließen.

Abgesehen davon, daß der Ausschluß des Abfindungsanspruchs zugunsten der überlebenden Gesellschafter im Falle des § 138 HGB die Ausnahme bilden dürfte³²⁾, läßt sich aus ihm wegen der tatsächlichen und rechtlichen Verschiedenheit beider Fälle keine Analogie für den vertraglichen Ausschluß der Ausgleichszahlungen zwischen den Miterben herleiten.

3. Wenn die Gesellschafter gegenseitig für den Fall ihres Ablebens die Abfindungsansprüche ausschließen, so verfügen sie durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall über den Vermögenswert ihrer Beteiligung. Die aufschiebend bedingte Übertragung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben³³⁾ stellt eine Verringerung des eigenen Vermögens zu Lebzeiten des einzelnen Gesellschafters auf den Todesfall dar, die in seiner Rechtsmacht und seinem Belieben steht und welche die Erben grundsätzlich hinzunehmen haben³⁴⁾.

Vereinbaren die Gesellschafter die Vollnachfolge eines bestimmten Erben, so geht im Erlebensfalle mit dem Tode des

31) Vgl. § 20 I Ziff.1 mit Anm.1 S.89 oben.

32) Er ist aber denkbar, wenn der Gesellschafter keine nahen Angehörigen (Ehefrau, Abkömmlinge, Geschwister) hinterläßt.

33) Vgl. § 20 I Ziff.2 S.90 oben.

34) Die Erben können jedenfalls dann gegen den Ausschluß des Abfindungsanspruchs nicht angehen, wenn jeder Gesellschafter in dieser Weise über den Wert seiner Beteiligung verfügt hat. Vgl. § 20 I Ziff.1 Anm.2 S.89 oben.

Erblassers die gesamte Mitgliedschaft auf den nachfolgeberechtigten Miterben über. Abfindungsansprüche gegen die Gesellschaft entstehen dann nicht. Die unmittelbar beim Erbfall entstehenden Ausgleichsgeldansprüche der Miterben gegen den Sondererben, die in ihrer Entstehung vom Umfang des übrigen Nachlasses abhängen, gehören allein dem Erbrecht an und sind der vertraglichen Einflußnahme der Gesellschafter entzogen. Der Erblasser kann nicht wie beim Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben durch Rechtsgeschäft unter Lebenden über sie verfügen, da er selbst nicht Rechtsträger der Ansprüche ist.

Das rechtlich zulässige Mittel bleibt daher allein der Ausschluß der Ansprüche durch Verfügung von Todes wegen, die dem Erblasser eine einseitige Belastung eines Dritten durch Vermächtnis ermöglicht, das aber seine Grenze am Pflichtteilsrecht der pflichtteilsberechtigten Miterben findet³⁵⁾.

4. Als einziger Weg, den Gesellschaftern Gewißheit und Sicherheit über die Gestaltung der Erbfolge und den Ausschluß etwaiger Ausgleichsansprüche unter den zukünftigen Miterben zu geben, bietet sich der Erbvertrag an. In ihm können der Erblasser und die übrigen Gesellschafter erbrechtlich bindend³⁶⁾ das Befreiungsvermächtnis zugunsten des zukünftigen Miterbengesellschafters vereinbaren. Der

35) Dieses Ergebnis entspricht auch der Gerechtigkeit. Angenommen, der Erblasser setzt nur den Nachfolger zum Erben ein und enterbt die übrigen Pflichtteilsberechtigten, so haben diese den Pflichtteilsanspruch, den ihnen der Erblasser in aller Regel nicht entziehen kann und dessen Geltendmachung gegen die Gesellschaft die gleichen Gefahren mit sich bringt. Der Erblasser hat aber die Möglichkeit, durch vertraglichen Erbverzicht (§ 2346 BGB), der auf das Pflichtteilsrecht beschränkt sein kann, Vorsorge zu treffen. Freilich wird sich der Pflichtteilsberechtigte zum Verzicht nur bereit erklären, wenn er entsprechend abgefunden wird. Jedenfalls gelingt es dem Erblasser auf diese Weise, daß der spätere Gesellschaftermiterbe nicht mehr durch Pflichtteilsansprüche behelligt wird. Vgl. dazu Veith, "Der Unternehmer und sein Nachfolger" S.28.

36) Durch den Erbvertrag wird die Testierfreiheit des Erblassers beschränkt: § 2289 BGB.

Vertragspartner des Erblassers beim Erbvertrag muß nicht mit dem Begünstigten identisch sein³⁷⁾. Die vertragliche Verfügung von Todes wegen kann auch zugunsten eines Dritten getroffen werden, insbesondere dann, wenn der Vertragspartner, wie hier die Gesellschafter, ein eigenes Interesse an der Regelung und der Gebundenheit des Erblassers besitzt.

Ein Anspruch der übrigen Gesellschafter auf Abschluß eines entsprechenden Erbvertrages kann nicht aus der gesellschaftlicher Treuepflicht abgeleitet werden. Der Erblasser ist in der höchstpersönlichen Entscheidung, ob er den Bestand der Gesellschaft über die Interessen an einer gerechten Verteilung seines Vermögens an die Erben stellt, frei. Er kann den Konflikt, der besonders dann bedeutsam wird, wenn das übrige Vermögen im Vergleich zum Wert der Mitgliedschaft gering ist, zugunsten der Gesellschaft lösen und den Gesellschaftern so weit entgegenkommen, sich durch Erbvertrag zu binden. Er kann aber dazu nicht gezwungen werden. Die Bewertung der widerstreitenden Interessen, die beide gleichwertige Ziele verfolgen, ist die höchstpersönliche Angelegenheit des Erblassers. An dieser Entscheidungsfreiheit findet der notwendige Schutz des Gesellschaftsinteresses seine Grenze.

37) Vgl. Kipp-Coing, S.171.

SCHLUSS.

I.

1. Ziel der vorstehenden Ausführungen war es, die Problematik der erbrechtlichen Nachfolge in die Mitgliedschaft des offenen Handelsgesellschafters aufzuzeigen und zu lösen. Das Bemühen galt dabei in erster Linie der logischen Abgrenzung der einzelnen Problemkreise und der Klarheit der Fragestellungen, um auf diese Weise Irrtümer und Fehlentwicklungen zu verhindern, die oft nur in terminologischer Sprachverwirrung wurzeln. Alle diese Zwecke waren dem einheitlichen Ziel untergeordnet, die noch in weitem Umfang bestehende Rechtsunsicherheit bei der Behandlung des gesamten Fragenkreises durch seine dogmatische Erfassung zu verringern. Dabei trat zutage, daß Gesellschaftsrecht und Erbrecht nicht in einem unüberbrückbaren Gegensatz stehen und daß selbst dann, wenn die rechtliche Eigenart der Mitgliedschaft und zwingendes Gesellschaftsrecht eine Modifizierung des bürgerlichen Erbrechts erfordern, alle wesentlichen materiellen Belange des Erbrechts (insbesondere das Interesse der Nachlaßgläubiger und der Miterben) ausreichend berücksichtigt werden können.

2. Erst die rechtstheoretische Beherrschung und Bewältigung der Nachfolgeprobleme schafft die Grundlage, den beteiligten Lebenskreisen die Vor- und Nachteile der im Einzelfall beabsichtigten Gestaltung der Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben aufzuzeigen, um auf diese Weise spätere Konflikte vermeiden und trotzdem die wirtschaftlichen und psychologischen Bedürfnisse und Zwecke verwirklichen zu helfen.

Bei der schlichten Nachfolge wurden insbesondere die Gefahren der Fortsetzung mit mehreren Erben herausgestellt, denen aber der Gesellschaftsvertrag, sei es durch entsprechende vorbereitende Gestaltung der personenrechtlichen Rechtsstellung der zukünftigen Erben, sei es durch die Beschränkung der Nachfolgeberechtigung mit Hilfe der qualifizierten Nachfolgeklausel weitgehend begegnen kann.

3. Aber gerade bei der Nachfolgeberechtigung nur eines von mehreren Miterben in die gesamte Mitgliedsstellung des Erblassers kraft Sondererbfolge blieb ein unlösbar scheinender Interessenkonflikt bestehen. Besonders dann, wenn die Mitgliedschaft den Hauptvermögenswert der zukünftigen Erbschaft ausmacht, besteht für den Erblasser der schwerwiegende Zwiespalt, ob er das Interesse am ungeschmälernten und gesicherten Bestand der Gesellschaft höher als das der gerechten Bedenkung aller Erben, denen er vielleicht gleich nahesteht, werten soll. Selbst wenn der Erblasser seine Entscheidung zugunsten des Unternehmens getroffen hat, findet die Verwirklichung seines Willens im unabdingbaren Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsrecht der pflichtteilsberechtigten Angehörigen seine Grenze.

II.

1. Trotzdem gibt es eine Möglichkeit, die in fast "wunderbarer" Weise diesen Interessengegensatz überbrückt und darüberhinaus zahlreiche weitere Nachteile des Nachfolgevorgangs beseitigt. Das Mittel besteht in der Verbindung der unmittelbaren Nachfolge der Erben als voll haftende (Komplementäre) und beschränkt haftende Gesellschafter (Kommanditisten).

2. Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag wirksam an Stelle der unmittelbaren Nachfolge der Erben als offene Handelsgesellschafter die unmittelbare Nachfolge mit den Erben als Kommanditisten vereinbaren¹⁾. Die Erben rücken dann unmittelbar mit dem Tode des Erblassers auf der Grundlage seiner Vermögensbeteiligung als Kommanditisten in die Gesellschaft ein²⁾.

Die Gesellschaft selbst verwandelt sich im Zeitpunkt des Erbfalles ipso iure in eine Kommanditgesellschaft.

1) Vgl. Hueck, OHG S.261; Sudhoff, S.229; Schlegelberger, § 139 Anm.7; RG ZAkDR 1938 S.638; LG Hamburg, JZ 1953 S.313. Vgl. auch den berühmten Gesellschaftsvertrag der Gebrüder Ulrich, Georg und Jakob Fugger vom Jahre 1494 mit Zusatzvertrag vom Jahre 1502 bei Peterka, ZHR Bd.73 S.420.

2) § 139 HGB findet keine Anwendung. Der Erwerb der Rechtsstellung als Kommanditist ist für den Erben ungefährlich.

3. Die Gesellschafter können aber auch eine Verbindung beider Nachfolgearten vornehmen: Ein Erbe folgt als voll haftender, die übrigen folgen als beschränkt haftende Gesellschafter nach. Bei dieser Gestaltung sind alle wesentlichen Interessen berücksichtigt und zahlreiche Nachteile ausgeräumt:

- a) Der Gesellschaft bleibt der volle Vermögenswert der Mitgliedschaft des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters erhalten. Es entstehen keine Abfindungsansprüche gegen die Gesellschaft (so bei der Teilnachfolge) und keine Abfindungsansprüche gegen einen Miterben (so bei der Vollnachfolge), die den Fortbestand des Unternehmens bedrohen könnten.
- b) Durch die unmittelbare Nachfolge nur eines voll haftenden Gesellschaftererben ändern sich die Gewichtsverhältnisse in der Gesellschaft nicht. Aus den Mitgliedschaften der Kommanditisten-Erben entstehen wegen ihrer geringen Verwaltungsbefugnisse³⁾ für die überlebenden Gesellschafter keine Gefahren. Der voll haftende Nachfolger rückt in die personenrechtliche Rechtsstellung des Erblassers ein und ist grundsätzlich zur Mitarbeit in der Gesellschaft verpflichtet.
- c) Für den Erblasser ist der Konflikt zwischen den Interessen der Familie und denen des Unternehmens gelöst. Der Bestand der Gesellschaft ist sichergestellt und trotzdem sind alle Erben vermögensmäßig gerecht bedacht.
- d) Die Nachfolge mehrerer Erben führt nicht mehr zur Schwerfälligkeit der Personalgesellschaft.
- e) Die "kombinierte" Nachfolge kann allein durch den Gesellschaftsvertrag vorbereitet werden; formbedürftige letztwillige Verfügungen sind entbehrlich.

3) Vgl. §§ 164, 166, 170 HGB.

- f) Die Nachlaßgläubiger können sowohl auf die Beteiligung des voll haftenden Erbengesellschafters als auch auf die der Kommanditisten-Erben Zugriff nehmen.
- g) Die Gesellschafter können die Gewinnanteile der zukünftigen Kommanditisten-Erben im Gesellschaftsvertrag herabsetzen, um damit eine etwaige Verminderung der Kreditgrundlage und das geringere Risiko zu kompensieren.

4. Die Nachfolgeklausel als Grundlage der "kombinierten" Nachfolge in die Mitgliedschaft hätte dann folgenden Inhalt:

" Beim Tode eines Gesellschafters wird die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt. Hinterläßt der Gesellschafter mehrere Erben, so folgt nur N.N. (die Ehefrau, der älteste Sohn, der Bruder, der von dem Gesellschafter bestimmte Erbe etc.) als voll haftender Gesellschafter nach. Die übrigen Erben werden mit dem auf sie entfallenden Teil der Einlage des Erblassers unmittelbar beim Erbfall Kommanditisten."

Lebenslauf

Am 12.7.1933 wurde ich als zweites Kind der Lehrereheleute Peter und Anna Prasch, geb. Füßl, in Schwandorf/Opf. geboren. Ich gehöre dem röm-kath. Bekenntnis an und besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach dem Besuch von 4 Klassen Volksschule trat ich im Herbst 1944 in die Oberschule Burghausen ein, an der ich im Sommer 1952 die Reifeprüfung ablegte.

Nach teilweise naturwissenschaftlichen, teilweise philosophischen Vorstudien an der Technischen Hochschule und Universität München begann ich im SS 1954 an der Universität München das Studium der Rechtswissenschaft. Am 21.12.1957 habe ich an der Universität München die erste Juristische Staatsprüfung bestanden.

Seit 1.2.1958 stehe ich im Vorbereitungsdienst für bayerische Rechtsreferendare im Oberlandesgerichtsbezirk München.

